

OVEREENKOMSTEN MET DE OVERHEID

door

J.A.E. VAN DER DOES
Lid van de Raad van State
(m.m.v. A.M.I. VAN DER DOES)

INHOUD

1. Inleiding
 - 1.1. Enkele vroege ontwikkelingen
 - 1.2. Terminologie en terreinafbakening
 2. Privaatrechtelijke overeenkomsten en publiekrecht
 - 2.1. Enkele publiekrechtelijke contracten
 - 2.2. De invloed van het publiekrecht op de contractsvrijheid van de overheid
 - 2.3. De bevoegdheid tot contracteren
 - 2.4. De bevoegde rechter
 3. Contracten met de overheid en het privaatrecht
 - 3.1. Inleiding
 - 3.2. Het precontractuele stadium
 - 3.3. Contractsweigering
 - 3.4. De uitvoering van de overeenkomst
 - 3.5. Exceptie van het openbaar belang bij niet-nakoming
 4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
- Aanhangsel: Rechtsvergelijking

1. INLEIDING

1.1. Enkele vroege ontwikkelingen

De Onteigeningswet bepaalt sinds 1851 dat de onteigenende partij moet trachten, hetgeen onteigend moet worden te verkrijgen bij minnelijke overeenkomst. De privaatrechtelijke weg heeft hier vanouds de voorkeur boven de publiekrechtelijke. Ook waar dat niet zo was, had de privaatrechtelijke weg voor het bestuur betekenis.

Toenemende overheidsbemoeienis — reeds teweeggebracht door bijzondere noden tijdens de neutraliteitsperiode 1914-1918 — deed de discussie opvlammen tussen voor- en tegenstanders van de *tweewegenleer*: was de overheid werkelijk geheel vrij, van geval tot geval te kiezen tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg, wanneer de wetgever die keuze niet al voor haar gemaakt had? De aanhangers van de tweewegenleer trokken al vroeg aan het langste eind(1).

De discussie hing samen met andere onderwerpen als b.v. het leerstuk van het publieke domein(2). Gaandeweg ging de aandacht meer uit naar een andere vraag: zou de overheid door de privaatrechtelijke weg te kiezen, haar positie kunnen versterken vergeleken met die welke zij in het publiekrecht kan krijgen, bijvoorbeeld doordat zij langs die weg aan haar particuliere medecontractant bepaalde waarborgen zou onthouden of doordat zij in civiele procedures een grotere beleidsvrijheid zou genieten dan in procedures voor administratieve rechters? Deze en dergelijke vragen komen in dit preadvies aan de orde.

Een aantal verhandelingen over het onderwerp overeenkomsten met de overheid heeft bijzondere invloed gehad. Zonder aanspraak op volledigheid noem ik: DROOGLEEVER FORTUYN en VAN DER LINDE, preadviezen Nederlandse Juristenvereniging 1965; WIARDA, *W.P.N.R.*, 5067 (1970); BLOEMBERGEN en SLAGTER, in *Bouwwrecht-monografie nr. 4* (1976), KOEMAN en KONIJNENBELT, preadviezen N.J.V. 1980 en tenslotte de proefschriften van SPIER (1981) en LUBACH (1982). Wanneer deze auteurs hierna worden genoemd

(1) Verkorte weergave van de discussie laatstelijk DE RU onder Vz. Afd. rspr. R.v.St. 10 februari 1986, *A.B.*, 1986, 560 (vindplaats van het door hem onder nr. 3 genoemde arrest van 1941 verkeerd; zie volgende noot). Zie ook DROOGLEEVER FORTUYN, *preadvies N.J.V.*, 1965, 177 e.v. (het door hem bedoelde arrest van 1925 is: H.R. 16 april 1925, *N.J.*, 1925, 649).

(2) Zie b.v. P. SCHOLTEN onder H.R. 17 januari 1941, *N.J.*, 1941, 644 (Parlevinker).

zonder bronvermelding, gaat het om hun zoëven aangegeven geschriften(3).

Tenslotte: de overheid is natuurlijk vanouds lang niet altijd vrij in haar keuze. De vervoersovereenkomsten tussen burgers en de P.T.T. worden praktisch geheel bepaald door de postwetgeving(4). Op een ander gebied werd door overheid en belanghebbende burgers in een geleidelijk gegroeide, langjarige samenwerking geheel gekozen voor het privaatrecht. Ik doel op het aannemingsrecht. De algemene voorwaarden voor bestekken voor waterstaatswerken (vulgo „A.V. Waterstaat”) dateerden in hun allereerste versie van 1839. In overleg met de georganiseerde aannemers wier positie steeds sterker werd, kwam het tot wederzijdse tevredenheid tenslotte tot de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken („U.A.V.”), vastgesteld door de drie meest belanghebbende Ministers bij besluit van 18 december 1968. Deze regeling is geheel privaatrechtelijk; geschillen worden tot oplossing gebracht door een vast scheidsgerecht. De vaststelling van de regeling bij Ministeriële beschikking vond SCHUT destijds dogmatisch verkeerd; afkondiging van privaatrechtelijke standaardregelingen door de overheid wordt echter onder het nieuwe B.W. meer gebruikelijk (art. 6.5.1.2.). Vele particuliere opdrachtgevers vinden goed dat de U.A.V. of vergelijkbare regelingen van toepassing worden verklaard hetgeen destijds ook wel de bedoeling was. Dat het aannemingsrecht in dit opstel verder weinig aandacht krijgt, zal de lezer nu wel begrijpen(5).

1.2. Terminologie en terreinafbakening

Over waar de grens tussen publiekrecht en privaatrecht precies ligt, is in het verleden het nodige te doen geweest. Ik moet deze kwestie en de verwante van de onderlinge verhouding („gemenerechtsleer”) laten rusten. De grensrechters hebben hun strijdbijlen merendeels begraven en spreken nu van osmose. Met VAN DER HOEVEN meen ik dat een duidelijke grens tussen beide gebieden slechts aangegeven kon worden toen men zich nog concentreerde op het bevelskarakter

(3) Aan DROOGLEVER FORTUYN gingen o.a. vooraf het proefschrift van WIARDA (*Overeenkomsten met overheidslichamen*, 1939), preadviezen van WIARDA en BEEL voor de V.A.R. (Vereniging voor administratief recht) in 1943 en van DE GOEDE en TROOSTWIJK voor de V.A.R. in 1956. Het proefschrift van SPIER heet „Overeenkomsten met de overheid”; dat van LUBACH „Beleidsovereenkomsten”.

(4) Vgl. WACHTER onder H.R. 6 mei 1983, *N.J.*, 1984, 474.

(5) Toespraken van de Minister van Verkeer en Waterstaat en van de voorzitter van de stichting Raad van Bestuur Bouwbedrijf in *B.R.* (Bouwrecht), 1969, 195 e.v.; SCHUT, *B.R.*, 1969, 502 e.v. Zie ook DROOGLEVER FORTUYN, *W.P.N.R.*, 5067.

van de rechtsbetrekking. Toen men dit losliet en onderkende dat bijzondere rechtsverschijnselen die men voorheen associeerde met de term publiekrecht zich steeds voordoen wanneer het algemeen belang wordt behartigd, was de scherpte van het onderscheid verloren(6). Ik meen wel dat dit in het bijzonder zo is wanneer men het heeft over ongeschreven recht, waaronder ik ook versta regels die in de wet slechts met globale terminologie zijn aangeduid als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het algemeen de z.g. vage normen. Wanneer in civiele zaken bedoelde algemene beginselen worden toegepast, kan men slechts osmose zien. Maar voor geschreven rechtsregels meen ik de klassieke termen publiekrecht resp. privaatrecht te kunnen blijven gebruiken.

Van de term rechtshandeling naar burgerlijk recht zal ik zo weinig mogelijk gebruik maken. Deze term wordt gebruikt in wettelijke voorschriften die de rechtsmacht van administratieve rechters begrenzen (Wet-arob art. 2, Wet-arbo art. 4). Men is met deze terminologie begonnen toen men nog kon denken, tussen publiekrecht en privaatrecht een duidelijke grens te ontwaren. Dat deze benadering niet verhelderend is gebleken te zijn, is op zichzelf niet zo ernstig. Belangrijker is dat de rechtshandeling naar burgerlijk recht als procesrechtelijk begrip een eigen leven is gaan leiden, zoals verderop zal blijken. Dat hoeft niet te verbazen — procesrecht is nu eenmaal een afzonderlijk gebied — maar het brengt wel verwarring als men met de procesrechtelijke betekenis in het achterhoofd de term gaat gebruiken als materieelrechtelijk begrip. Ik moet toegeven dat zeer goede schrijvers dit toch wel doen, maar ik doe het liever niet.

Het overeenkomst-begrip waarover dit preadvies gaat, is privaatrechtelijk: de meerzijdige rechtshandeling waarbij één of meer partijen jegens één of meer andere een verbintenis aangaan. Zie Nieuw B.W. art. 6.5.1.1., eerste lid waarbij te lezen art. 6.1.1.1. (verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit). Aldus is geen overeenkomst de éézijdige toezegging; omstre-den is overigens, of deze een verbintenis schept(7). Voor de rechterlijke bevoegdheid maakt het, zoals nog toegelicht zal worden, heel wat uit of men tegen de overheid ex contractu wil ageren of niet, maar materieel veel minder: dank zij het vertrouwensbeginsel kan de

(6) Zie verder het bijzondere nummer van *Ars Aequi* „Osmose tussen publiek- en privaatrecht” (mei 1987) en de bijdrage van VAN DER HOEVEN daarin; VAN DER HOEVEN, „De magische lijn”, in *Honderd jaar rechtsleven (feestbundel N.J.V.)*, 1970, 201 e.v. Een kernachtige samenvatting van vroegere discussies bij TAK, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, 1978, 71 e.v.

(7) BLOEMBERGEN (nr. 3.1.); *Mon. Nieuw BW A-2* (Scholten) nrs. 6-9.

overheid zich slechts zelden van een eenzijdige toezegging losmaken(8). Bij de beperking van het onderwerp tot verbintenisscheppen de overeenkomsten valt op te merken dat ons recht alleen rechtsplichten waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert, als verbintenissen ziet(9). De draad doorspinnend kan men nu vragen, wat dan wel subjectieve vermogensrechten zijn. Ik geef toe dat men ook hier geen haarzuivere grens trekt: in ieder geval geen vermogensrecht is de aanspraak van de overheid op een prestatie die zij uit oogpunt van algemeen belang graag ziet maar die voor haar vermogen niets oplevert. Voorbeeld: de overheid spreekt met de eigenaar van een historisch gebouw af dat hij, als hij subsidie krijgt, het gebouw in de originele staat restaureert.

Alvorens van de beperkingen van het begrip privaatrechtelijke overeenkomst af te stappen, nog enkele opmerkingen. Het publiekrecht kan een subjectief vermogensrecht scheppen. Voorbeeld: een huis aan een Rijksweg heeft nauwelijks waarde zonder uitwegvergunning(10). Ook uit een „echte” publiekrechtelijke overeenkomst (wij hebben er maar weinig, waarover later) kan een verbintenis ontstaan(11). Privaatrechtelijke overeenkomsten die verplichten tot een bepaald gebruik — of afzien van het gebruik — van publiekrechtelijke bevoegdheden zijn veelvuldig gesloten; wij komen ze later nog tegen (bevoegdheidsovereenkomsten) en althans in theorie kan de overheid zich op die manier verplichten, iemand aan te stellen als ambtenaar(12).

Onder beleidsovereenkomsten verstaat men algemeen met LUBACH alle overeenkomsten waarmee de overheid haar beleid verwezenlijkt. Van de beleidsovereenkomsten behandel ik dus alleen de privaatrechtelijke. In beginsel moet men alle overeenkomsten waarbij de overheid partij is, als beleidsovereenkomsten zien. Buiten de haar opgedragen taak heeft de overheid niets te doen. Men zegt ook wel: de overheid legt haar hoedanigheid nimmer af. Op praktische gronden moet men wel eens toegeven dat er gevallen zijn waarin de overheids-hoedanigheid geen enkele rol kan spelen. De Minister wiens dienstauto kapot gaat wil misschien wel een bijzondere behandeling van de plaatselijke garagist maar hij krijgt die niet want alle garagisten

(8) Zie het aanhangsel.

(9) Zie voor-vorige noot.

(10) Ingevolge de Verkeerswet tegen lintbebouwing; de vergunning heeft ook voor opvolgende eigenaren betekenis.

(11) H.R. 10 april 1987, *R.v.d.W.*, nr. 92 (Nieuwegein/Gasbedrijf).

(12) H.R. 25 januari 1985, *N.J.*, 1985, 559 (Stein) inz. Patelski.

zeggen in zo'n geval hetzelfde („zet hem daar maar neer; misschien kom ik er morgen aan toe"). Dit rechtvaardigt echter niet om, gelijk vroeger wel gebeurde, als afzonderlijke groep handelingen van de overheid te zien het handelen van de overheid „als particulier". Dit criterium bleek te makkelijk te manipuleren. DROOGLEEVER FORTUYN heeft het in 1965 krachtig afgezworen(13). Vroeger werd ook wel gemeend dat de overheid als zij alledaagse dingen kocht zoals kantoorbehoeften, niet als zodanig optrad. SPIER heeft laten zien dat zelfs bij die transacties beleidsaspecten kunnen optreden.

Het boeiende terrein van de beleidsovereenkomsten tussen overheden laat ik reeds omwille van de plaatsruimte terzijde, beperking dus tot contracten overheid-particulier. Ook beperk ik mij tot de „echte" overheid, de publiekrechtelijke lichamen. Het zou te ver voeren, alle privaatrechtelijke lichamen die algemene belangen behartigen, mee te nemen. Theoretisch moet men echter bepaalde semi-overheden met overheden gelijkstellen omdat zij aan de overheid ondergeschikt zijn en de overheid het door de instelling nagestreefde doel als eigen doel beschouwt(14). Dit is echter voor ons onderwerp van weinig betekenis.

2. PRIVAATRECHTELIJKE OVEREENKOMSTEN EN PUBLIEKRECHT

2.1. *Enkele publiekrechtelijke contracten*

Publiekrechtelijke contracten kent ons recht nauwelijks. Daarom levert de beperking van dit preadvies tot de privaatrechtelijke geen ernstige lacunes op vergeleken met het terrein van de Belgische preadviseurs. Het voorbeeld bij uitstek van een publiekrechtelijke overeenkomst is de regeling die wordt getroffen tussen lagere overheden met toepassing van de Wet gemeenschappelijke regelingen van 1984 (Stb. 667). Bij zulk een regeling kunnen afzonderlijke openbare lichamen worden ingesteld(15). Men noemt verder de concessie, het fiscale compromis en soms de strafrechtelijke schikking.

Sinds het proefschrift van WIARDA (1939) onderscheidt men van de eigenlijke concessie als publiekrechtelijke beschikking de oneigenlijke. Daarbij wordt de steun die de overheid wil geven aan een

(13) 144 e.v. Een enkele maal bleek de verdelging niet effectief, constateerde BLOEMBERGEN, *N.J.B.*, 1987, 631 e.v.

(14) Deze formulering ontleen ik aan het ambtenarenrecht; vgl. VAN BEEK in: *Het Burgerlijke Ambtenarenrecht Vuga*, I-A-1 e.v. Zie verder H.R. 8 december 1961, *N.J.*, 1962, 56 (Stichting centraal bureau rijvaardigheidsbewijzen) en H.R. 15 januari 1971, *N.J.*, 1971, 305 (St. Catharinae Gasthuis).

(15) Aan deze wet danken wij het hiervoor (1.2) behandelde arrest Nieuwegein/Gasbedrijf.

onderneming van openbaar nut vastgelegd in een overeenkomst (die ook kan gaan over de hantering van publiekrechtelijke bevoegdheden). Concessies komen weinig meer voor en als zij voorkomen wordt de term concessie vaak niet meer gebruikt, zo b.v. in de Mijnewet continentaal plat van 1965 (Stb. 428). Mogelijk zijn de (privaatrechtelijke) projectontwikkelingscontracten waarover SLAGTER schreef de eigentijdse opvolgers van de oneigenlijke concessies.(16).

Het fiscale compromis wordt gesloten tussen de aanslagregelende belastingsambtenaar (Inspecteur) en de belastingsplichtige. Partijen stellen de feiten vast (blijkbaar soms ook wel een wetsinterpretatie) waarvan bij de aanslagregeling en eventuele procedures daarover zal worden uitgegaan. KAMPERMAN en AARDEMA achten de binding van de fiscus aan het compromis thans geheel beheerst door het vertrouwensbeginsel. De binding van de belastingsplichtige kan echter slechts aan het compromis als publiekrechtelijke overeenkomst worden ontleend(17).

2.2. De invloed van het publiekrecht op de contractsvrijheid van de overheid

De toepasselijkheid van het civiele recht op privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid is vanzelfsprekend. Maar het publiekrecht kan de vrijheid van iedereen die een overeenkomst wil sluiten beperken en dus ook die van de overheid. Een contract dat verplicht tot een bij de wet verboden prestatie is nietig. Aan de problematiek rond het oorzaak-vereiste ga ik voorbij(18).

Het kan natuurlijk ook zijn dat de wet de prestatie die de overheid contractueel toezegt niet verbiedt, terwijl men zich toch moet afvragen of de strekking van de wet zich niet verzet tegen contracteren op dit punt. Langs deze weg heeft men lange tijd ongeldig geacht overeenkomsten waarbij de overheid zich verbond, bepaalde wettelijke bevoegdheden niet, of op een bepaalde manier, te gebruiken. Buiten deze z.g. bevoegdhedenovereenkomsten waarover ik nog kom te spreken in ander verband, valt niet spoedig strijd met de wet aan te nemen.

(16) Zie verder b.v. DONNER, *Nederlands bestuursrecht*, algemeen deel, 1987, 278 en over concessies VAN OMMEREN, *A.Ae.*, 1987, 334 e.v.

(17) Vakstudie II (Wet administratieve rechtspraak belastingzaken) aantekening 17 op art. 1. Vgl. ook KLEIN WASSINK-VAN SIKKELERUS, *Het fiscale compromis*, 1982.

(18) *Contractenrecht*, III, WUISMAN, nr. 98, 99; VIII, SPIER, nr. 60 e.v.

Een voorbeeld. De bestemmingsplannen die de gemeenten tot stand brengen krachtens de Wet ruimtelijke ordening reserveren in de regel grond voor de landbouw, het z.g. buitengebied. Sinds de boer zijn woning zoveel mogelijk laat lijken op die van een stedeling en de stedeling zich in het weekend graag in het buitengebied bevindt, kan de gemeente aan het bouwplan voor een agrarische bedrijfswoning niet meer zien dat daarin uitsluitend agrariërs zullen wonen. Toch moet de intocht van de weekendboeren worden tegengegaan en de publiekrechtelijke middelen zijn niet altijd toereikend om de vloed te keren. Dus moet de aspirant-bouwer zich in ruil voor zijn bouwvergunning wel eens contractueel verplichten (soms t.a.v. zijn rechtsopvolgers garanderen), zijn bouwsel uitsluitend agrarisch te gebruiken. De wet verbiedt dat expliciet noch impliciet(19), hoewel het welvoorzienbevoegdhedenarsenaal van de Wet ruimtelijke ordening eigenlijk toereikend zou moeten zijn. Ik waag mij verder niet aan een opsomming van gevallen waarin de overheid een contract sluit, dan wel bestaande contractuele bevoegdheden gebruikt ter aanvulling op haar publiekrechtelijke middelen(20). Hier zou zich een soort knevelarij kunnen voordoen als het bestuur een begunstigende beschikking niet wil geven of een belastende niet wil intrekken dan in ruil voor een overeenkomst die niet met zijn wettelijke taak te doen heeft of, erger vaak, voor de burger verdergaande verplichtingen meebrengt dan mogelijk zou zijn, als de publiekrechtelijke weg werd bewandeld. Wij zullen echter nog tegenkomen dat de administratieve rechter hier een adequate oplossing kan brengen door het besluit, de overeenkomst aan te gaan, gelijk te stellen met de administratieve beschikking die de overheid juist wilde vermijden. Ook de burgerlijke rechter houdt, als hij voor een geval als hier bedoeld komt te staan, zorgvuldig in het oog of de overeenkomst die het bestuur de belanghebbende voorlegt zich wel verdraagt met de publiekrechtelijke voorschriften die het bestuurlijk optreden beheersen(21).

Natuurlijk is de contractuele weg soms afgesloten, zie de inventarisatie bij KOEMAN (p. 23 e.v.). Hij noemt terecht de ambtenaarsverhouding, maar daarnaast geldt dat krachtens artikel 134 van de Ambtenarenwet 1929 de vrijheid van het bestuur tot aanstelling van arbeidscontractanten beperkt is. De bijzondere rechtspositie van de ambte-

(19) H.R. 6 december 1974, *N.J.*, 1975, 325; *B.R.*, 1975, 524 (Wessel) inz. Bomobil/Rhoon; H.R. 23 mei 1986, *N.J.*, 1986, 762 (G.) inz. de Lier/Vijverberg.

(20) Vaak heeft de overheid als grondeigenaar een sterke positie. Vgl. voor de praktijk SLAGTER, 97 e.v. en verder o.a. DONNER, *Nederlands Bestuursrecht*, Algemeen deel, 1987, 281 e.v.; VAN WIJK-KONIJNENBELT, *Hoofdstukken van administratief recht*, 1984, 263 e.v.

(21) H.R. 23 november 1984, *N.J.*, 1985, 605 (M.S.) inz. Jansen/Ontvanger.

naar mag slechts bij uitzondering aan de werknemers van de overheid worden onthouden, vgl. ook artikel 1637 z B.W.

Kortom, aanvulling van publiekrechtelijke bevoegdheden met contractuele wordt door het publiekrecht slechts zelden verboden. Dat wil niet zeggen dat niet geklaagd wordt over misbruik van privaatrecht, welke uitdrukking reeds door HUART in het verkeer werd gebracht(22). Meer recent gaat het in de regel over overheden die zich contractuele bevoegdheden aanmeten op terreinen die de hunne niet zijn(23). Intussen is het economische getij gekeerd en zo kunnen de gemeentebesturen thans minder hoog van de toren blazen en worden ondernemers met meer vreugde ingehaald(24). Ik laat dit alles nu maar rusten omdat de beste verdediging tegen dit overambitieuze bestuur gevonden kan worden door dergelijke overeenkomsten critisch te laten toetsen door een civiele rechter die de overheid niet meer ruimte geeft dan zijn administratieve collega. De laatste belemmeringen daartoe heeft de burgerlijke rechter thans ook in de ogen van zijn scherpste criticus afgeworpen en in volgende hoofdstukken zal ik mij daarop concentreren(25).

Tenslotte een recente curiositeit. Ofschoon de buitenlandse betrekkingen en de landsverdediging niet behartigd worden door gemeentebesturen, waren er toch die aannemers, betrokken bij de aanleg van de kruisrakettenbasis te Woensdrecht, wilden uitsluiten van gemeentelijke bouwopdrachten. Bij K.B. van 9 januari 1987 is een daartoe strekkend besluit vernietigd wegens strijd met het voorschrift van gelijke behandeling, neergelegd in artikel 1 van de Grondwet(26).

2.3. De bevoegdheid tot contracteren

Tot de publiekrechtelijke voorschriften die de geldigheid van privaatrechtelijke contracten met de overheid kunnen beïnvloeden, behoren natuurlijk die welke de handelingsbevoegdheid van de overheidsorganen regelen.

Voor het Rijk hebben wij te doen met de Comptabiliteitswet 1976

(22) KRABBE-bundel (1927), 176 e.v.; zie ook *Verspreide Geschriften*.

(23) BLOEMBERGEN, 36; DONNER, *Nederlands Bestuursrecht*, Algemeen deel, 1987, 273-277, alwaar vele andere voorbeelden.

(24) Dat is althans de indruk die ik kreeg uit het onderzoek waarvan JITSKE DE JONG verslag doet in haar proefschrift *Gemeentelijke gronduitgifte*, 1984.

(25) Ik bedoel natuurlijk DE HAAN, nog niet geheel tevreden op de vergadering van de V.A.R. in april 1986 (Verslag, p. 42) doch wel in *B.R.*, 1987, 542 e.v.

(26) De Nederlandse Gemeente, 1987, 11; hierover HENNEKENS, 201. Gelet op de theoretische betrokkenheid van de Raad van State bij dergelijke K.B.'s, onthoud ik mij van commentaar.

en het daarop berustende Besluit privaatrechtelijke rechtshandelingen. Contracteerbevoegdheid berust in het algemeen bij de Ministers en hun gemachtigden doch bij onroerende zaken alleen bij de Minister van Financiën. Voor schenkingen aan de Staat en voor dadingen gelden bijzondere régimes. Als gemachtigden van een Minister worden vanouds beschouwd de secretaris-generaal van zijn departement en de hoofden van bijzondere diensten, ingesteld bij wettelijk voorschrift voor een bepaalde taak, natuurlijk voor zover de verrichte handeling bij de uitvoering van die taak hoort(27).

Bij de Provincies berust het dagelijks bestuur bij Gedeputeerde Staten en dat brengt mee de bevoegdheid tot het sluiten van huur- en pachtcontracten (art. 101, 105 Provinciewet). Overigens zijn op het gehele terrein van het autonome bestuur Provinciale Staten bevoegd; overeenkomsten van geldlening behoeven voorafgaande goedkeuring van de Kroon (art. 89, 91). Op gemeentelijk niveau heeft de Gemeenteraad in beginsel alle bevoegdheden, inclusief die betreffende gemeente-eigendommen (Gemeentewet art. 167, 171 e.v.). De besluiten van de raad kunnen achteraf worden vernietigd door de Kroon (art. 185) en daarnaast is goedkeuring nodig van Gedeputeerde Staten voor bepaalde besluiten waaronder geldleningen en die betreffende onroerend goed (art. 228)(28). Dit (onvollledige) overzicht is voldoende voor hetgeen volgt.

Deze voorschriften zijn natuurlijk gegeven om een doelmatig beheer te bevorderen. Evenwel: een positieve bevoegdheidstoekenning heeft een negatieve component. Wat het éne orgaan mag, mag het andere niet. Lagere organen mogen niet tornen aan de bevoegdheid van hogere en dat is belangrijker dan anders, als het hogere orgaan een vertegenwoordigend — in de betekenis van: door de kiezers rechtstreeks gekozen — is. Daarom mogen bevoegdheidsoverschrijdingen niet worden gerepareerd door de overheid op te knopen aan het vertrouwensbeginsel of haar aansprakelijk te houden uit de onrechtmatige daad van het bevoegdheid voorwendende orgaan persoonlijk. Een gemeente waar het college van B. en W. van een met een particulier afgesproken grondruil afwilde ging slechts hierom niet vrijuit omdat burgemeester en wethouders, toen zij besloten de overeenkomst niet ter goedkeuring voor te leggen aan de gemeenteraad, de wederpartij hadden moeten inlichten zodat hijzelf zich tot de raad had kunnen wenden(29). Volgens een meer recent arrest heeft

(27) DROOGLEEVER FORTUYN, Hoofdstuk VII.

(28) Niet bij gemeenten met meer dan 100 000 inwoners (art. 228, tweede lid, Gemeentewet).

(29) H.R. 13 februari 1981, *N.J.*, 1981, 456 (H.J.B.) inz. Heesch/Reys.

het college van B. en W. wel de verplichting, de totstandkoming van de verkoop van een gemeentewoning waarover zij het met een particulier eens werd, te bevorderen, maar die verplichting eindigt, wanneer de raad eenmaal heeft laten blijken, niet te willen(30). Men leide uit dit arrest niet af dat het college, als het ontdekt te zijn beetgenomen, dit niet aan de raad zou mogen vertellen!

Het ziet er dus voor de wederpartij van de overheid slecht uit, als hij bij de contractsluiting afging op de schijn van bevoegdheid, gewekt door een overheidsorgaan, indien daardoor de bevoegdheid van een hoger orgaan in de knel kwam. Maar dat geldt alleen, als de verdeling van bevoegdheid over de organen van een openbaar lichaam doorkruist werd; in het algemeen zal rechtsdwaling bij de overheid die door de wederpartij niet vermoed kon worden, ook in het contractenrecht niet bevrijdend zijn(31). Bovendien is de Hoge Raad wel eens extra welwillend geweest toen de organisatie van het contracterende openbare lichaam niet in een formele wet was vastgelegd en ook overigens nauwelijks bekend kon worden verondersteld; zoiets is mogelijk bij een lichaam, tot stand gebracht met toepassing van de hiervoor (par. 2.1.) genoemde Wet gemeenschappelijke regelingen(32).

Intussen is er, zoals wij zagen, bij de centrale overheid nauwelijks sprake van een verdeling van bevoegdheden over organen; men komt steeds terecht bij de Ministers en hun gevolmachtigden. Dit kan bezwaren meebrengen als een Minister het Rijk vergaand bindt zonder het vertegenwoordigend orgaan — de Staten-Generaal — daarover in te lichten. Een dergelijke verdenking heeft in Nederland onlangs geleid tot de parlementaire R.S.V.-enquête. Tot andere dan politieke repercussies leidt zoiets echter niet. Op het ontbreken van een begrotingspost kan de overheid zich nimmer ter afwering van civielrechtelijke verplichtingen beroepen(33).

(30) H.R. 1 mei 1987, *R.v.d.W.*, nr. 106 inz. Van Dalen/Aarle-Rixtel.

(31) H.R. 22 februari 1974, *N.J.*, 1975, 381 (Bloembergen), *A.B.*, 1974, 153 (Stellinga) en *A.Ae.*, 1976, 42 (Scheltema) inz. bijstandsovereenkomst Roosendaal en Nispen.

(32) H.R. 27 januari 1984, *N.J.*, 1984, 545 (G.) inz. W.G.O./Koma. Over honorering van de schijn van bevoegdheid, opgewekt door een niet bevoegd orgaan, buiten het contractenrecht b.v. Afd. rspr. R.v.St. 23 april 1985, *A.B.*, 1986, 378 (R.F.).

(33) Zie het in de voor-vorige noot bedoelde arrest en voor het Rijk reeds H.R. 5 oktober 1849, *W.*, 1058 inz. Bourbon-Naundorff/Staat. Evenmin schept het bestaan van een begrotingspost rechten voor derden, vgl. VAN DER POT-DONNER, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, 1983, 504, 505.

2.4. De bevoegde rechter

Een laatste groep publiekrechtelijke voorschriften die voor de mede-contractanten van de overheid van belang is, wordt gevormd door de wettelijke bepalingen die de rechterlijke bevoegdheid regelen. Om deze te begrijpen, is enig inzicht in de totstandkoming ervan noodzakelijk. In 1976 trad de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen („arob'') in werking. Voordien kende Nederland geen algemene administratieve rechtspraak, met dien verstande dat als voorloper van de Wet arob wordt beschouwd de Wet beroep administratieve beschikkingen („bab''). Deze bracht voor het eerst een stelsel van algemene administratieve rechtsbescherming, zij het dat zij beperkt was tot beschikkingen van de centrale overheid en zij het dat zij geen beroep gaf op een geheel onafhankelijke rechter doch z.g. administratief beroep op de hoogste bestuursinstantie, de Kroon. Deze wordt echter geadviseerd door de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State van wiens adviezen de Kroon als uiteindelijke beslisser slechts kan afwijken met inachtneming van bijzondere Staatsrechtelijke waarborgen(34). Met algemene administratieve rechter bedoel ik een rechter die bevoegd is tot vernietiging van alle overheidsbesluiten voorzover zij niet zijn uitgezonderd. Andere administratieve rechters (de sociale verzekeringsrechter, de belastingrechter, de ambtenarenrechter en het College van beroep voor het bedrijfsleven) zijn slechts bevoegd tot vernietiging van beschikkingen die zijn genomen met toepassing van aangewezen wetten. Beschikkingen waarover een bijzondere rechter oordeelt zijn uiteraard uitgezonderd van het algemene arob-beroep. Laatstbedoeld beroep wordt — veelal nadat een z.g. bezwaarschriftenprocedure is doorlopen — gebracht bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State(35). Leden van de Raad van State kunnen slechts voor deelneming aan de werkzaamheden van deze afdeling worden aangewezen indien zij voldoen aan de vereisten die gelden voor de benoeming van rechterlijke ambtenaren.

Alvorens de gevolgen van de instelling van de arobrechtspraak voor de bevoegdheid van de civiele rechter — in sommige wetten de „gewone'' rechter — weer te geven moeten wij over diens competentie het volgende opmerken. De burgerlijke rechter vindt in artikel 2

(34) Volledigheidshalve: m.i.v. 1 januari 1988 zal de Afdeling geschillen in de meeste gevallen niet meer adviseren, doch zelf uitspraak doen.

(35) Als enige, dus hoogste en laagste instantie. Men is het er vrijwel over eens dat dit niet zo zou moeten zijn, doch tot invoering van arob-rechtspraak in twee instanties is het nog niet gekomen.

van de Wet op de rechterlijke organisatie een ruime bevoegdheid. De kennisneming en beslissing van alle geschillen over eigendom of daaruit voortspruitende rechten, over schuldvorderingen of burgerlijke rechten is bij uitsluiting aan de gewone rechterlijke macht opgedragen. Daarbij wordt niet onderscheiden tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke geschillen(36). Zolang de eiser maar stelt een burgerlijk recht, is de gewone rechter bevoegd. Als zodanig geldt de verbintenis uit onrechtmatige daad en die uit overeenkomst(37). Wij verwijzen naar de in 1.2 weergegeven betekenis van de term verbintenis. Hier wordt aangesloten bij een dogmatische definitie en hier wordt dan ook — in tegenstelling tot verderop — de rechterlijke bevoegdheid begrensd door een juridisch begrip(38).

Uit een en ander vloeit niet voort dat wetten die rechtspraak opdragen aan administratieve rechters, als *leges speciales* inbreuk maken op artikel 2 R.O. Een vordering bij de burgerlijke rechter is niet-ontvankelijk wanneer de wet de mogelijkheid heeft gegeven een voorziening te krijgen tegen het omstreden handelen van de overheid in een administratieve rechtsgang die met zodanige waarborgen is omkleed dat zij als een bijzondere, beroep op de burgerlijke rechter uitsluitende, rechtsgang is aan te merken(39). De (formele) bevoegdheid blijft intact. De eis, aan de bijzondere rechtsgang te stellen, omvat zowel dat de bijzondere procedure adequaat is als dat men de gevraagde voorziening ook krijgen kan. Dit kan tot allerlei complicaties aanleiding geven, b.v. wanneer het gaat om bijzondere (spoed)voorzieningen(40). Wij laten die nu terzijde om ons te concentreren op de problemen welke zich in het bijzonder voordoen als het gaat om de gewone rechter naast de arob-rechter. Als in een onrechtmatigedaadsactie eiser stelt dat een bepaalde administratieve beschikking onrechtmatig is, is hij niet-ontvankelijk omdat die beschikking kon worden aangevochten bij de arob-rechter (men spreekt hier wel van

(36) H.R. 31 december 1915, *N.J.*, 1916, 407, W. 9947, *W.P.N.R.*, 2439 (E.M.M.) inz. Noordwijkerhout/Guldenmond.

(37) H.R. 10 april 1987, *R.v.d.W.*, nr. 92, inz. Nieuwegein/Gasbedrijf. De overeenkomst is toen uitdrukkelijk als publiekrechtelijk gekwalificeerd. In H.R. 6 december 1974, *N.J.*, 1975, 325 en *B.R.*, 1975, 524 (Wessel) inz. Bomobil/Rhoon was aan het privaatrechtelijke karakter van de overeenkomst nog enige betekenis toegekend.

(38) Toen een verplichting werd gesteld waaraan het vermogensrechtelijk karakter geheel ontbrak was de gewone rechter dan ook onbevoegd; H.R. 26 maart 1971, *A.B.*, 1971, 135 (D.J.V.); *A.Ae.*, 1972, 149 (Jeukens) en *N.J.*, 1971, 434 (alleen cursief) inz. verkiezingsafpraak Elsloo.

(39) H.R. 22 februari 1957, *N.J.*, 1957, 310, *A.B.*, 1957, 555 (M.T.), (Schellen- en deurope-nersarrest).

(40) Zie o.a. VAN DER BURG, CARTIGNY, OVERKLEEF-VERBURG, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, 1985, 87 e.v.

materiële onbevoegdheid), Is echter een beschikking door de arob-rechter vernietigd, dan zal de eiser zich om schadevergoeding te verkrijgen weer met een beroep op artikel 1401 tot de gewone rechter wenden. Weliswaar kan de arob-rechter de overheid tot schadevergoeding veroordelen, doch deze voorziening — welke tot nu toe slechts in bepaalde gevallen is toegewezen — is niet bedoeld als gelijkwaardig aan de verbintenis tot schadevergoeding die artikel 1401 B.W. toekent(41).

Om nu na te gaan, waartoe dit alles leidt voor een proceslustige contractspartner van de overheid, moet men verder zien naar de Wet-arob. Aanvankelijk, bij het ontwerpen van de Wet-bab heeft men gewild, dat het beroep open zou staan tegen (individuele) bestuurshandelingen met een publiekrechtelijk karakter, dus besluiten van de overheid die berusten op een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift. Toen het aankwam op vaststelling van de Wet-arob waren echter velen daarbij betrokkenen in de ban geraakt van een misvatting die zelden met zoveel woorden is uitgesproken en toch van grote invloed is geweest: wanneer een overheidsbesluit niet aangevochten zou kunnen worden voor de arob-rechter, zou de benadeelde burger machteloos staan. Dat alsdan de algemene bevoegdheid van de civiele rechter ook materieel volledig zou zijn werd niet voorzien of niet voldoende geacht (in die tijd kon men misschien de burgerlijke rechter tegenover de overheid terughoudend vinden)(42). Anderzijds beseftte men wel, niet te moeten tornen aan hetgeen vanouds het werkterrein van de burgerlijke rechter was geweest; men kon de nieuwe rechter niet met alles belasten(43). Dit alles leidde na vele discussies tot een ruime definitie van de beschikking in de Wet-arob: het schriftelijke besluit van een administratief orgaan, gericht op enig rechtsgevolg. Deze ruime omschrijving wordt onmiddellijk gevolgd door twee beperkingen: geen beschikkingen zijn besluiten van algemene strekking en rechtshandelingen naar burgerlijk recht (art. 2 arob).

De Afdeling rechtspraak heeft zich er aanstonds toe gezet, dit alles zo op te vatten als de wetgever bedoeld had, ook al leidde dit, dogmatisch gezien, tot ongerijmdheden. Bij uitstek is dit het geval met beschikkingen houdende toekenning of weigering van een subsi-

(41) Zie de tekst van art. 99, derde lid, R.v.St.

(42) Ook aan ambtelijke zijde bestond dit waanidee; VAN DER HOEVEN, *A.Ae.*, 1987, 280.

(43) Mogelijk speelde ook een rol dat de Grondwet (nu art. 112) op degenen die het verschil tussen materiële en formele bevoegdheid niet doorzagen de indruk maakte, dat men ook aan de materiële bevoegdheid van de gewone rechter over „traditionele” burgerlijke rechten niet kon tornen.

die. De Wet-bab had die van beroep uitgezonderd. De arob-wetgever schrapte die uitzondering zeer nadrukkelijk: de rechtspositie van subsidiegeëdigden zou alleen bij de Afdeling rechtspraak in goede handen zijn. Dat kon de Afdeling natuurlijk niet negeren, hoewel subsidies ongetwijfeld materiële schenkingen zijn en overeenkomsten terzake dus rechtshandelingen naar burgerlijk recht.

Problemen konden niet uitblijven. Wanneer een gemeentebestuur weigerde een garantie af te geven voor de financiering van nieuwbouw, was dat steevast een voor arob-beroep vatbare beschikking. Wanneer echter een gemeenteraad besloot tot verkoop van onroerend goed, werd dat gezien als (deel uitmakende van) een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Eens beschikte een gemeentebestuur positief op een garantieverzoek. Als uitvloeisel trad de gemeente op als borg in de notariële akte van geldlening en hypotheekstelling waarbij de bouwer van een bank het gewenste crediet kreeg. Later overtrad hij de voorschriften, behorende bij de garantiebeschikking, die daarop door de gemeente werd ingetrokken. Arob-beroep werd verworpen, maar de burgerlijke rechter moest uitmaken dat daarmee de gemeente niet van de borgtocht (jegens de bank) was ontslagen(44). Deze praktische oplossing zou men als een geval van toepassing van de „*acte détachable*” kunnen zien. Het is voor de praktijk gelukkig dat in de regel al hetgeen te doen heeft met een burgerrechtelijke overeenkomst wordt doorgeschoven naar de civiele rechter(45). Dat is trouwens ook voor de ontwikkeling van het burgerlijk recht geen ongeluk geweest. De volgende bladzijden van dit preadvies getuigen ervan. De reeds krachtig ontwikkelde rechtspraak van de gewone rechter, met inbegrip van die over z.g. precontractuele verhoudingen, kon verder worden uitgebouwd. De burgerlijke rechter kon zijn voordeel doen met de zich snel ontwikkelende arob-rechtspraak, ook omdat de toenemende procesbereidheid van het publiek zich ook bij hem deed gevoelen. Een belangwekkend gebied bleef voor het burgerlijk recht behouden!

Niet onvermeld mag blijven dat de arob-rechter in zijn competentiebepalingen genoegzame rechtvaardiging vindt om rechtshandelingen naar burgerlijk recht wel als voor arob-beroep vatbare beschikkingen te zien wanneer zij werden verricht om ten nadele van een burger van

(44) Afd. rspr. R.v.St., 16 november 1984, *A.B.*, 1985, 384 en Rb. Haarlem 2 september 1986, *A.B.*, 1987, 276 (beiden P.v.B.).

(45) Dat is ook zo als het bestuur weigert, een overeenkomst aan te gaan. Het besluit om te contracteren is geen arob-beschikking, de weigering om zulk een besluit te nemen dus ook niet (art. 3 Arob).

de publiekrechtelijke weg af te zien en ook, als privaatrechtelijke bevoegdheden worden gebruikt om publiekrechtelijke aanspraken van een particulier te frustreren(46). Men zou zich dit ook van andere administratieve rechters kunnen voorstellen. De Ambtenarenrechter zou de aanstelling van een arbeidscontractant, gegeven in een geval waarin aanstelling als ambtenaar verplicht is (boven, par. 2.1.) als een ambtelijke aanstelling kunnen behandelen(47). Daaraan heeft de gedupeerde meer dan aan nietigverklaring van zijn aanstelling als arbeidscontractant.

3. CONTRACTEN MET DE OVERHEID EN HET PRIVAATRECHT

3.1. *Inleiding*

De osmose tussen publiekrecht en privaatrecht (1.2.) komt uiteraard tot uiting in het contractenrecht: gaat het om overeenkomsten met de overheid, dan wordt soms het gewone contractenrecht „aangescherpt” zodat dit recht kan doen aan de bijzondere hoedanigheid van een der partijen. Maar niet altijd is dat nodig; er zijn gevallen waarin het civiele recht op zichzelf voldoende bescherming biedt. Die gevallen zou ik terzijde kunnen laten maar dat zou een onvolledig beeld opleveren. Anderzijds, volledig kan het te schetsen beeld niet zijn. Vraagstukken die voor het gehele contractenrecht van belang zijn, kan ik veelal slechts terloops aanroeren.

3.2. *Het precontractuele stadium*

Wanneer partijen die overwegen met elkaar een contract aan te gaan daarover onderhandelen, geraken zij in een rechtsverhouding die door de goede trouw wordt beheerst. Dat is al lang geleden erkend(48); hierover kan nog steeds worden verwezen naar het preadvies van H. DRION voor de vereniging voor vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek 1967/1968(49). Reeds toen merkte DRION op dat buiten de werkelijke contractuele verhoudingen de ongeschreven normen van de goede trouw niet te onderschei-

(46) VAN WIJK-KONIJNENBELT, *Hoofdstukken van administratief recht*, 1984, 189/190, VAN DER BURG, C.S., *Rechtsbescherming tegen de overheid*, 1985, 25, doch zie ook DONNER, *Nederlands Bestuursrecht*, algemeen deel, 1987, 276, 282, o.m. over Afd. rspr. R.v.St., 4 januari 1985, *A.B.*, 1985, 564 (Van Buuren) en 19 februari 1985, *A.B.*, 1985, 565 (idem).

(47) Voor een ambtenaar die was overgegaan naar een semi-overheidsinstelling heeft de ambtenarenrechter een vergelijkbare stap al genomen: C.R.v.B. 18 juni 1976, *A.B.*, 1979, 35.

(48) H.R. 15 november 1957, *N.J.*, 1958, 67 (L.E.H.R.) inz. Baris/Riezenkamp.

(49) 265 e.v.; ook in *Geschriften van H. Drion*, 1982, 231 e.v.

den zijn van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen welke het onrechtmatigheidsrecht kent.

Waartoe dat leidt werd eerst in 1982 ten volle duidelijk(50). De raad van de gemeente Valburg besloot op 11 juni 1974 tot de bouw van een zwembad. Aannemer Plas diende een ontwerp met offerte in en liet op verlangen van de gemeente daarover enkele technische adviezen opstellen. Er was nog een andere geselecteerde aannemer doch op 9 januari 1975 werd aan Plas meegedeeld dat zijn offerte de laagste en ook overigens aanvaardbaar was. Optreden van een lid van de raad dat in de z.g. zwembadcommissie bij de zaak betrokken was had evenwel ten gevolge dat de raad uiteindelijk besloot, in te gaan op een door dit raadslid gepousseerde, nog lagere offerte van een derde aannemer. Plas wendde zich tot de burgerlijke rechter, primair ex contractu doch subsidiair uit onrechtmatigde daad agerend. Het Gerechtshof achtte de subsidiaire vordering toewijsbaar doch Plas kreeg slechts vergoeding van de kosten gemaakt na 9 januari 1975 (na die datum had Plas geen kosten meer gemaakt). Deze uitkomst vond de Hoge Raad onjuist. Vergoeding wegens winstderving was volgens hem ten onrechte afgewezen: daarvoor kon immers plaats zijn als de onderhandelingen zover waren gevorderd dat partijen over en weer mochten vertrouwen dat daaruit in ieder geval enigerlei contract zou voortkomen. Ook ten onrechte was afgewezen de vergoeding van de kosten, gemaakt voor 9 januari 1975: voor het tijdstip waarop de gemeente de onderhandelingen niet meer mocht afbreken, kon immers een stadium hebben gelegen waarin zij dit slechts kon doen, als zij Plas' kosten geheel of gedeeltelijk voor rekening van de gemeente nam.

Dit arrest leidde tot een (later om hier niet terzake doende redenen weer vervallen) voorstel om in het nieuwe B.W., in Afdeling 2 van titel 5 van boek 6, welke afdeling gaat over de totstandkoming van overeenkomsten, op te nemen een artikel 8a: Onderhandelende partijen zijn verplicht, hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met andere omstandigheden onaanvaardbaar is(51). Het voorstel heeft in ieder geval geleid tot deze geobjectiveerde weergave van het arrest.

(50) H.R. 18 juni 1982, *N.J.*, 1983, 723 (M.J.B.), *B.R.*, 1983, 398 (Pels Rijcken) inz. Plas' bouwonderneming/Valburg.

(51) Wetsontwerp 17 541, nr. 9 e.v.

Iedereen, overheid of niet, moet aldus oppassen zijn vrijheid, eenmaal aangegane onderhandelingen af te breken, niet te misbruiken. Toch heeft de bijzonderheid dat in de casus Plas/Valburg één partij overheid was aan het arrest een zekere kleur gegeven. Dat komt, meen ik, door de typische „gelede” besluitvorming — B. en W., zwembadcommissie-gemeenteraad — waarbij de laatste instantie tevens de enige volledig bevoegde was. Dat laatste kan zich bij een privaatrechtelijke rechtspersoon ook voordoen, maar niet licht als het gaat om een opdracht aan een aannemer. Het civiele recht kan zich aanpassen aan bijzondere eigenschappen van een partij, ook als die hierin bestaan dat zij overheid is.

Verdergaande kleuring zien we als het gedrag van de partij-overheid wordt getoetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik spreek dan van aanscherping van civielrechtelijke normen. Een gemeente verkocht een boerderij bij inschrijving. De hoogste bieder werd door B. en W. aanvaard, doch tenslotte door de raad gepasseerd; deze had achteraf nog een verlangen geuit waarvan de hoogste bieder nog niet kon weten. De President in Kort Geding hield de uitgifte (in erfpacht) enige tijd op teneinde de raad de kans te geven, de gepasseerde inschrijver alsnog bij verdere onderhandelingen te betrekken. Dat werd gegrond op schending van het gelijkheidsbeginsel(52).

Ten behoeve van het politiewerk verlenen gemeenten veelal per geval een opdracht aan een tolk waarbij dan tarieven gelden die vaak krachtens de wet zijn vastgesteld; voor sommige diensten gelden geen wettelijke tarieven doch tarieven die de gemeente tevoren bekend maakt. Die tarieven werden door een gemeente onverwachts verlaagd. Door daarover geen vooroverleg te plegen met de tolken handelde zij ook in de ogen van de Hoge Raad onrechtmatig. De zaak werd verwezen voor nader onderzoek waarbij de lagere rechter in het oog moest houden dat de onrechtmatige wijze waarop de tarieven waren verlaagd niet meebracht dat zij „nu” (de Hoge Raad sprak anderhalf jaar later) niet gebruikt mochten worden(53). Gevorderd was (weer in Kort Geding) toepassing van de oude tarieven met terugwerkende kracht. Het eind van het lied zal wel zijn geweest dat de gemeente gedurende een zekere overgangstijd nog de hoge tarieven moest betalen. Zo eindigen ook vele zaken bij de Afdeling rechtspraak, als een subsidieverlaging te bruusk is ingevoerd.

(52) *Gemeentestem*, 6820, bespreking door NIESKENS-IPSHORDING.

(53) H.R. 27 juni 1986, *R.v.d.W.*, nr. 139, inz. Ned. genootschap van vertalers/'s-Gravenhage.

De casus van de politietolken vertoonde geen precontractueel stadium met onderhandelingen. Juist het overslaan daarvan was de fout. Daarom deel ik die zaak in bij de uitspraken over het precontractuele stadium.

3.3. *Contractsweigering*

De eiser in het al wat oudere Ockenburg-arrest⁽⁵⁴⁾ kreeg de door hem gewenste gronduitgifte in eigendom zonder meer niet; de gemeente gaf in het bewuste gebied slechts grond uit in erfpacht. Dat leidde tot een beroep op het gelijkheidsbeginsel omdat een ander wel grond in eigendom verkregen had. Volgens de Hoge Raad waren de gevallen niet gelijk: die ander kon de gemeente een aantrekkelijke grondruil bieden. Men moet tenminste aannemen dat de Hoge Raad dit bedoelde, want destijds gebruikte hij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op een in veler ogen enigzins versluierde wijze; daarop kom ik terug.

Het beroep op het gelijkheidsbeginsel komen wij straks ook tegen bij de uitspraken over het uitvoeringsstadium, t.w. wanneer een contractspartij van de overheid een bepaalde tegemoetkoming verlangt die anderen wel en hij niet kreeg.

3.4. *De uitvoering van de overeenkomst*

Alvorens het uitvoeringsstadium te bespreken wijs ik erop, dat ik de gevallen waarin de overheid met een beroep op haar bijzondere taak van de overeenkomst af wil, hierna afzonderlijk behandel.

De gemeente Smilde verkocht bouwgrond aan een particulier. Een z.g. kettingbeding (opgenomen in algemene voorwaarden voor gronduitgifte) moest ertoe leiden dat de te bouwen woning aangesloten zou worden en blijven op een centrale antenne, dit ter voorkoming van ontsierde „antennewouden”. In cassatie⁽⁵⁵⁾ kwam aan de orde of een beroep op het beding strijd opleverde met de goede trouw. Dat is een in ons recht al sinds jaren gebezigde methode om misbruik van machtsposities o.a. in algemene voorwaarden te bestrijden⁽⁵⁶⁾. De Hoge Raad, aansluiting zoekend bij de regeling van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden in het nieuwe B.W.,

(54) H.R. 13 maart 1981, *N.J.*, 1981, 346 (C.H.J.B.) en *A.B.*, 1981, 396 (C.L.R.).

(55) H.R. 25 april 1986, *N.J.*, 1986, 714 (G.), *B.R.*, 1986, 690 (Kleijn); VAN SCHILFGAARDE, *A.Ae.*, 1986, 618 e.v. Kobussen, *Gemeentestem*, 6816, inz. van der Meer/Smilde en Recai.

(56) H.R. 19 mei 1967, *N.J.*, 1967, 261 (G.J.S.) inz. Saladin/H.B.U. is het standaardarrest; zie verder *Contractenrecht*, III, WUISMAN, nr. 165 e.v.

achtte het antennebeding te ver gaan, tenzij de gemeente omstandigheden zou stellen en zonodig bewijzen waaruit zou blijken dat het beroep op het beding niet streed met de goede trouw („procesrechtelijke” oplossing, t.w. via de stelplicht). Daarbij speelde een rol dat een gemeente — aldus het arrest — ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van burgers: aanscherping van civielrechtelijke normen! Het arrest is vrijwel — met uitzondering van de overweging over de gemeente — herhaald in een geval waarin de overheid geen partij was(57).

Eveneens recent zijn twee gevallen van „verscherping” van het civiele recht waarbij een gemeente een grondverhuur opzegde met gebruikmaking van de bijzondere bevoegdheid van artikel 1623e B.W. (teneinde een bestemmingsplan te verwezenlijken). De opzegging viel te toetsen aan het willekeur-criterium (algemeen beginsel van behoorlijk bestuur)(58). En terecht, aldus de H.R., had de lagere rechter getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus ook aan het gelijkheidsbeginsel, toen de gemeente Amsterdam van een erfpachter had gevorderd dat deze conform de erfpachts-overeenkomst zijn gebouw niet anders dan als woonruimte zou gebruiken, waartegen de erfpachter aanvoerde dat andere erfpachters van de bewuste bepaling in de erfpachtovereenkomst vrijstelling hadden verkregen(59). Met de uitkomst van die toetsing was de H.R. het overigens niet eens, omdat er geen ruimte voor beleidswijziging was gelaten. De Hoge Raad gebruikte hier niet meer de „versluiserende” verwijzing naar de algemene beginselen die hij enkele jaren eerder in een vergelijkbaar geval nog wel had gehanteerd(60).

Aan eerdere gevallen waarin overheden zich langs publiekrechtelijke weg in de onmogelijkheid brachten, contractuele verplichtingen na te komen, is onlangs een fraai curiosum toegevoegd: een gemeente die een beleggingsmaatschappij aansprak omdat deze de bij gronduitgifte bedongen bebouwing niet had uitgevoerd, doch in de tussentijd een nieuw bestemmingsplan in procedure bracht dat deze

(57) H.R. 16 januari 1987, *R.v.d.W.*, nr. 27 inz. Hooyen/Tilburgse. De oplossing van de H.R. en de regeling van het nieuwe B.W. zijn niet algemeen geprezen; zie o.m. de annotatoren bij van der Meer/Smilde en RECAI en HONDIUS, *Kwartaalbericht* nieuw B.W., 1987, 63 e.v. die inconsistenties ziet tussen beide arresten.

(58) H.R. 24 januari 1986, *N.J.*, 1986, 746 (P.A.S.) inz. Helmond/Van Tilburg; 12 december 1986, *R.v.d.W.*, 1987, 1 (Van Erp/Berlicum).

(59) H.R. 27 maart 1987, *A.B.*, 1987, 273 (F.H.v.d.B.) en *B.R.*, 1987, 533 (de Haan) inz. Amsterdam/Ikon.

(60) H.R. 3 mei 1985, *N.J.*, 1986, 323 (M.S.) en *Gemeentestem*, 6807 (W.K.), inz. Zuiderbad/Amsterdam.

bebouwing uitsloot. Vast stond voor het Hof — de zaak is op andere punten in cassatie — dat de gemeente had toegezegd, de voor bebouwing nodige planologische voorwaarden te scheppen(61). In de literatuur komt men een enkele maal hiervoor de uitdrukking „beleidsgarantieovereenkomst” tegen. Te ontraden, want in het civiele recht spreekt men van garantie, als een debiteur niet een eigen prestatie toezegde, doch instond voor een bepaalde gebeurtenis of toestand, veelal een gedraging van een derde(62). Bij niet-nakoming kan geen nakoming gevorderd worden, wel schadevergoeding en — vermoedelijk — ontbinding (anders dan art. 1352 B.W. zou doen geloven). In dat laatste ligt natuurlijk wel een zekere rechtvaardiging voor de term beleidsgarantie, want in het bedoelde geval zou het publieke recht — de Wet ruimtelijke ordening — aan een nakomings-aktie in de weg staan. Dit komt meer voor, waarover later; daarom ben ik op deze terminologische kwestie ingegaan.

3.5. *Exceptie van het openbaar belang bij niet-nakoming*

Teruggrijpende naar de inleiding: ooit is felle strijd gevoerd over de toelaatbaarheid van overeenkomsten met de overheid als publiek-rechtelijke middelen ter beschikking staan. Ten tijde van de preadviezen van DROOGLEEVER FORTUYN en VAN DER LINDE was de victorie van de tweewegenleer goeddeels bevochten; de in die preadviezen behandelde rechtspraak kan daarom hier vrijwel geheel terzijde blijven. Op één punt echter had zich iets nieuws voorgedaan. Het betrof het type overeenkomsten waarbij de overheid zich verbindt, publiekrechtelijke bevoegdheden niet, of op een bepaalde manier, te gebruiken. Later, pas veel later, zou voor dit type de term bevoegdheids-overeenkomst ontstaan.

Tot 1963 nu was op dit gebied de leidende gedachte: de overheid moet op elk moment vrij zijn de beslissing te nemen die op dat ogenblik het openbare belang het beste dient, zulks te harer beoordeling. DROOGLEEVER FORTUYN geeft deze formulering na bespreking van een arrest van het Haagse Hof uit 1933 waarbij ongeldig wordt geacht de overeenkomst waarbij de overheid zich verplicht, iemand aan te stellen als ambtenaar, iets waarvan ik hiervoor (1.2.) kon vaststellen dat het tegenwoordig best mogelijk wordt geacht(63).

(61) Zie KOBUSSEN, *Gemeentestem*, 6833 en VAN HEYNINGEN en VAN ERP, *B.R.*, 1987, 405.

(62) Zie. *Contractenrecht I*, DEN TONKELAAR, nr. 91 e.v.

(63) DROOGLEEVER FORTUYN, 185; het door mij in nr. 1.2. aangehaalde arrest was H.R. 25 januari 1985, *N.J.*, 1985, 559, STEIN inz. Patelski.

Het nieuws dat 1963 bracht, lag in de „Landsmeearresten”(64). Scheepswerven hadden de gemeente Landsmeer leningen verstrekt t.b.v. de woningbouw. De gemeente verhuurde de woningen aan de werven en ging ermee accoord dat de daarin te huisvesten werknemers van de werven op grond van hun arbeidscontract na het einde van hun dienstbetrekking tot ontruiming gedwongen zouden worden. Maar toen verschillende werknemers ontslag namen, zat Landsmeer in een dwangpositie doordat de financiële steun die gemeenten van het Rijk ontvangen voor de woningbouw aanzienlijk lager was uitgevallen dan verwacht.

Het bijzondere nu was dat de H.R. aan de overeenkomsten niet alle gevolg ontzegde. De gemeente voelde zich genoopt, de woningen te vorderen krachtens de Woonruimtetwet 1947 ten behoeve van de ex-werknemers. In één geval stond vast dat dat bedoeld was voor korte tijd, als noodoplossing. De werven kwamen daartegen op in Kort Geding (bij gebrek van een algemene administratiefrechtelijke rechtsgang). De vordering was van de H.R. aanvaardbaar als noodoplossing, mits het onvoorziene (niet: onvoorzienbare) van de noodsituatie vast stond. De arresten worden in vele opzichten als gedateerd beschouwd; aan de overwegingen waarvoor dat geldt, ben ik voorbijgegaan. In één opzicht worden zij echter door alle schrijvers gevolgd: dergelijke overeenkomsten zijn geldig en de overheid kan in zeer bijzondere gevallen afwijken. Bij de omschrijving van dat „zeer bijzondere” lopen de schrijvers weer uiteen(65). In de arresten kon niet aan de orde komen wat de verdere gevolgen moesten zijn van de niet-nakoming door de gemeente. DROOGLEEVER FORTUYN schaarde zich achter de pleiters voor schadevergoeding op grond van wanprestatie en overtuigde daarmee WIARDA (p. 23), KOEMAN (p. 58) en anderen. Het is in verband hiermee dat ik aan het slot van het vorige hoofdstuk inging op de garantie-overeenkomst: voorbeeld van een geval waarin ons contractenrecht bij wanprestatie wel een recht op schadevergoeding en misschien ontbinding geeft maar niet op nakoming. Afwijkend is alleen DE HAAN die recentelijk, met geheel voorbijgaan aan de wanprestatieoplossing, hier aansluiting zoekt bij de in het bestuursrecht ontwikkelde schadevergoeding wegens rechtmatige doch onevenredig nadeel toebrenkende over-

(64) Drie arresten van de H.R. van 4 januari 1963, *N.J.*, 1964, 202 e.v. (BEEKHUIS) en *A.Ae.* XII, 138 e.v. (V.D.GRINTEN). Achteraf kan men de vraag stellen, of het nieuwe niet reeds in eerdere uitspraken voorbereid was, maar zo zagen de annotatoren en de preadviseurs van 1965 het stellig niet.

(65) Zie verder *Contractenrecht VIII*, SPIER, nr. 105 e.v. waaraan thans toe te voegen: DONNER, *Ned. Bestuursr.*, 1987, 279 e.v.

heidsdaad. Daar ben ik op tegen omdat in die gevallen slechts partiële schadevergoeding wordt toegekend. Het pacta sunt servanda moet niet meer worden uitgehold dan nodig is; wie die binding niet wil, sluite geen overeenkomst, of bedinge daarin de nodige vrijheden(66). De Landsmeer-doctrine is in zoverre nog springlevend dat algemeen de schrijvers de overheid voor noodgevallen de vrijheid toekennen, van het overeengekomene af te wijken. Maar waarom is dit zo? Aanvankelijk was dat geen vraag. Voor Landsmeer waren bevoegdheden-overeenkomsten vaker ongeldig dan geldig geacht. De daaraan ten grondslag liggende gedachten over de voorrang van de publiekrechtelijke taak konden zeker dienen om de afwijkingsbevoegdheid voor de overheid te verklaren. Maar bij BLOEMBERGEN is de afwijkingsbevoegdheid al ingekrompen tot gevallen waarin nakoming „moreel onmogelijk” is (p. 50) en latere schrijvers zijn zelden ruimer. BLOEMBERGEN zag een ongeschreven rechtvaardigingsgrond zoals het burgerlijk recht die meer kent. Ik denk dat hij gelijk had. Naar ik vermoed zal in de toekomst bij verdere uitwerking een koppeling moeten worden gelegd met het algemeen belang. KONIJNENBELT deed dat al, zij enigzins terloops, in 1980 (p. 136: dringende, aan het algemeen belang, ontleende redenen). Het algemeen belang heeft als rechtvaardigingsgrond in het onrechtmatigheidsrecht erkenning gevonden, doch daarbuiten is een ontwikkeling gaande die in 1982 door DOMMERING met een dwarsdoorsnede van verschillende rechtsgebieden overtuigend kon worden aangetoond(67). Uiteraard moet, voordat het algemeen belang als rechtvaardiging voor wanprestatie kan gelden, wel overmacht in de vorm van noodtoestand (conflict van plichten) bestaan maar dan denk ik aan de strafrechtelijke vorm (ontbreken van materiële wederrechtelijkheid).

Maar als het die kant opgaat, waarom zou deze bijzondere rechtvaardiging dan beperkt zijn tot bevoegdhedenovereenkomsten? Dat de schrijvers de kwestie daar plaatsen, is slechts historisch te verklaren.

(66) DE HAAN-DRUPSTEEN-FERNHOUT, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 1986, 2de deel, 78 e.v. Over de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad laatstelijk H.A. GROEN, *B.R.*, 1987, 501 e.v. alwaar oudere bronnen. Als de overheid zich maar niet alle ruimte beneemt, weegt de rechter de haar ter behartiging opgedragen taak royaal mee, schrijft BLOEMBERGEN, met verwijzing naar H.R. 8 november 1974, *N.J.*, 1975, 240 (A.R.B.) („doorstromingsarrest”).

(67) *Mon. Nieuw BW A-7*, DOMMERING, nr. 27.

Daarom heet dit hoofdstuk dan ook niet „bevoegdhedenovereenkomsten”(68).

4. ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur behandel ik niet bij het publiekrecht en niet bij het privaatrecht. Na wat ik (1.2.) over „osmose” schreef, zal de lezer dat begrijpen.

De algemene beginselen spelen waarschijnlijk de grootste rol in het onrechtmatigheidsrecht, zeker als we daartoe ook rekenen de vernietiging van onrechtmatige beschikkingen door administratieve rechters. Wij kunnen ons in het contractenrecht vrijwel beperken tot drie beginselen: het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het vanouds zo geheten verbod van willekeur, thans in de wetgeving op administratief-procesrechtelijk gebied aldus omschreven dat vernietiging volgt als het bestuur bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking kon komen. Andere beginselen die te maken hebben met de totstandkoming van overheidsbeschikkingen zijn in het civiele recht van minder belang. Zo het motiveeringsvereiste of de zorgvuldigheidseis: vernietiging op een dezer gronden sluit niet uit dat het besluit herhaald wordt met hetzelfde dictum als eerst, doch dan beter voorbereid of met een motivering die wel draagt. Het verbod van détournement de pouvoir (bevoegdheidsafwendings) wordt alhier steeds minder toegepast omdat men gebruik van wettelijke bevoegdheid voor een doel waarvoor zij niet werd toegekend veelal ook kan zien als strijd met de wet en dat doet men dan liever(69). Voor wie de algemene beginselen ruimer behandeld willen zien is leesvoer genoeg voorhanden. Over het verwachtings- of vertrouwensbeginsel moet ik nog zeggen dat dit uiteraard voorkomt uit het meer algemene beginsel van de rechtzekerheid dat ook tot uiting komt in contractuele bindingen. Nu is hiervoor (3.2.-3.4.) herhaaldelijk aangegeven dat de Hoge Raad onlangs een eerdere, „versluisende” benadering van de algemene beginselen heeft laten varen. Nog in 1984 omschreven DE WIJKERSLOOTH en ik de nu verdwenen benadering aldus dat de H.R. de algemene beginselen plaatste in de sleutel van het redelijkheidsbegrip. Hij stelde voorop het onderzoek of het bestuur in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen en schreef vervolgens voor, daarbij aan de algemene

(68) SPIER, diss. par. 90 e.v. baseert de afwijkingsbevoegdheid ook op het algemeen belang doch hij wil de overheid de ruime marge van heel vroeger teruggeven; dat maakt zijn benadering wat uitzonderlijk.

(69) Vgl. DE SCHIPPER, *T.v.O.*, 13 februari 1986.

beginselen aandacht te geven(70). Wij hebben inmiddels gezien dat de Hoge Raad nu zonder meer toetst aan de algemene beginselen. Dat maakt in zoverre weinig uit dat het willekeur-beginsel in de oude formule reeds „onversluierd” voorop ging, terwijl het vertrouwensbeginsel nu juist het contractenrecht met enerzijds zijn rechtszekerheidsbehoefte en anderzijds de ruime derogerende werking van de goede trouw niet zoveel méér te bieden heeft. Hier dekken de begrippen elkaar, zo niet geheel, dan toch bijna en voor deze gevallen is de z.g. congruentie-leer van DROOGLEEVER FORTUYN algemeen aanvaard(71). Maar voor het gelijkheidsbeginsel ligt het anders. Wat hier de nieuwe formule uitmaakt, zien we in de conclusie van de Advocaat-Generaal FRANX voor het in 3.4 besproken Amsterdamse-erfpachtarrest(72). De congruentie-gedachte is juist, betoogde hij, als men in het verbod van ongelijke behandeling niet meer ziet dan een verbod van willekeur. Maar, zo is het administratiefrechtelijk spraakgebruik niet.

Inderdaad. Maar ook het spraakgebruik van de Hoge Raad was tot voor kort anders: hij plaatste immers alle algemene beginselen in de sleutel van het redelijkheidsbegrip. Als men dit vervangt door een meer beperkt willekeur-begrip, moet men het gelijkheidsbeginsel als afzonderlijke norm toevoegen.

Is er dus geen werkelijke winst? Toch wel, want de oude benadering leidde bij velen tot het misverstand dat de civiele rechter de overheid meer vrijheid liet dan zijn administratieve collega. Zie de scherpe kritiek van DE HAAN waarnaar ik in nr. 2.2. verwees. Bovendien was er ook in de parlementaire behandeling van de invoeringswetgeving van het nieuwe B.W. bij herhaling op aangedrongen, vast te leggen dat voor de overheid in het civiele recht dezelfde normen gelden als daarbuiten; e.e.a. wordt uitgebreid weergegeven in de zoëven genoemde conclusie. Ik zal dan ook weinig instemming vinden als ik volhoud dat materieel precies gebeurd is hetgeen DE WIJKERSLOOTH en ik voorspelden: de H.R. heeft niet zijn benadering, maar zijn terminologie gewijzigd. Dat dat bepaald nodig was, doet daaraan niet af.

Mijn mede-preadviseur VAN GERVEN heeft in verschillende opstellen („Algemene beginselen van behoorlijk handelen”, „Hoe blauw is het bloed van de prins?”) de samenhang aangewezen tussen de

(70) *Mon. Nieuw BW B-48*, VAN DER DOES-DE WIJKERSLOOTH, nr. 25.

(71) *G.J. Scholten-bundel „Non sine causa”*, 1979, 39 e.v.

(72) H.R. 27 maart 1987, *A.B.*, 1987, 273 (F.H.v.d.B.) en *B.R.*, 1987, 533 (de Haan), inz. Amsterdam/Ikon.

algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen die steeds gelden wanneer in een meerpartijenverhouding één partij een overwegende positie heeft. VAN DER HOEVEN(73) stelde daartegenover dat de overwegende positie van het bestuur een bijzondere is maar, laat hij merken, het een sluit het ander niet uit.

Zo is het. Men kan voor de overheid bijzondere normen bedenken en die dan terugvoeren op algemene en men kan de algemene normen verbijzonderen voor de overheid. Alle benaderingen hebben gemeen dat de waarde ervan slechts kan worden afgelezen in de praktische toepassing. Vandaar dit opstel.

AANHANGSEL: RECHTSVERGELIJKING (A.M.I. VAN DER DOES)(*)

Hierboven is reeds aangegeven dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wet Arob beslissingen omtrent subsidies uitdrukkelijk onder de rechtsbescherming door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft willen brengen. De Afdeling gaat daarom niet in op het al dan niet privaatrechtelijk karakter van subsidiebeschikkingen en beoordeelt deze aan de hand van zijn gebruikelijk instrumentarium, is er sprake van strijd met de wet of algemene beginselen van behoorlijk bestuur? Wanneer nu de rechtsbetrekking tussen subsidiegever en subsidieontvanger elementen van wederkerigheid bevat, rijst de voor dit preadvies interessante vraag of deze toetsing door de Afdeling rechtspraak tot een ander resultaat leidt dan bij berechting door de burgerlijk rechter het geval zou zijn.

In de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak met betrekking tot subsidies valt een aantal hoofdlijnen te ontdekken. Voorop staat dat het de overheid als subsidieverstrekker in beginsel vrij staat om, met het oog op een zo doelmatig mogelijke besteding van subsidiegelden, subsidies al dan niet te verlenen, in te trekken of anderszins te wijzigen. Deze vrijheid lijkt echter meer dan zij is, aangezien de subsidieverstreckende overheid daarbij niet slechts gebonden is aan haar eigen regelgeving terzake, maar dat zij ook in haar handelen beperkt wordt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

(73) *R.M. Themis*, 1985, 285 e.v.

(*) Met dank aan de jurisprudentieafdeling van de Raad van State voor enige ongepubliceerde uitspraken. Dat J.A.E. hier de pen overgeeft aan A.M.I. heeft een reden: rechters past terughoudendheid bij bespreking van de jurisprudentie van het college waarvan zij deel uitmaken.

Hoe sterk de beperking van de vrijheid van de subsidieverstrekkende overheid is, kwam voor het eerst in volle omvang naar buiten in de uitspraak over de restauratie van de Grote of St.-Bavokerk te Haarlem(74). Gedeputeerde Staten van Noord-Holland hadden toegezegd dat voor de restauratie van de kerk subsidie zou worden verleend. In een later stadium wijzigden Gedeputeerde Staten hun beleid terzake en trokken uit dien hoofde de eerdere toezegging in. Deze beschikking werd door de Afdeling rechtspraak vernietigd wegens schending van maar liefst drie beginselen van behoorlijk bestuur; de beschikking was in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, onvoldoende zorgvuldig voorbereid en had in redelijkheid niet aldus genomen kunnen worden. VAN DER VEEN verwijst in zijn noot bij deze uitspraak reeds uitdrukkelijk naar het civielrechtelijk adagium „pacta sunt servanda”.

Ook zijn overigens in de jurisprudentie tal van voorbeelden te vinden waarbij sprake is van zodanige omstandigheden dat de subsidieverlenende overheid, in verband met het eerder door haar bij de subsidieontvanger gewekte vertrouwen, niet van bestendig beleid af mag wijken(75). Ingeval wel een beleidswijziging noodzakelijk wordt geacht, dient deze toch zodanig ruim tevoren bekend te worden gemaakt dat de subsidieontvanger er rekening mee kan houden en moet zo nodig een overgangsregeling worden getroffen(76). Bij voldoende tijdige bekendmaking door de subsidiegever dat hij zijn beleid wijzigt, kan de subsidieontvanger zich ook niet meer op het voorheen gevoerde beleid beroepen(77).

De — in verband met de veelheid van onderwerpen overigens weinig toegankelijke — jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak roept onmiddellijk associaties op met het leerstuk van de goede trouw; wat de Afdeling in feite zegt is dat de subsidiegever bij een wederkerige rechtsverhouding met de subsidieontvanger niet te goeder trouw deze rechtsverhouding met de subsidieontvanger eenzijdig kan beëindigen of ingrijpend kan wijzigen(78). In voorkomende gevallen kan de subsidiegever zelfs uitdrukkelijk tot onderhandelen worden verplicht

(74) Afdeling rechtspraak 23 oktober 1979, *A.B.*, 1980, 198 (vdV).

(75) Afdeling rechtspraak 22 mei 1980, A3.2021 (1980).

Afdeling rechtspraak 13 december 1984, *A.B.*, 1985, 449 (RF).

Afdeling rechtspraak 12 december 1985, *A.B.*, 1986, 356 (I.C. van der Vlies).

Afdeling rechtspraak 20 juni 1986; R03.84.74.42.

Afdeling rechtspraak 18 september 1986; R01.84.15.86.

(76) Afdeling rechtspraak 20 maart 1980, *A.B.*, 1981, 94 (V.d.V.).

(77) Afdeling rechtspraak 11 januari 1985, *A.B.*, 1986, 92.

(78) Afdeling rechtspraak 16 oktober 1984; R03.83.58.94.

over de wijze waarop de subsidiëring zou kunnen worden gewijzigd(79). Ook hier ligt een vergelijking met het civiele recht voor de hand, zie bijvoorbeeld het hierboven in hoofdstuk 3.2 besproken arrest van de Hoge Raad over de tolkentarieven.

Bij de beslissingen van de Afdeling rechtspraak omtrent het niet-toekennen van eenmalige subsidies dringt nog een andere vergelijking met het privaatrecht zich op. Veelal zijn toezeggingen omtrent subsidiëring gedaan door ambtenaren, die niet bevoegd waren de subsidiegever te binden. De Afdeling rechtspraak volgt alsdan een redenering die vergelijkbaar is met die van de civiele rechter, die mogelijk acht dat zich bijzondere omstandigheden voordoen waarbij een derde, die te goeder trouw is afgegaan op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid die door het orgaan is gewekt, wordt beschermd(80). De Afdeling stelt zich op het standpunt dat, ingeval de subsidieontvanger had kunnen en moeten begrijpen dat de ambtenaar niet bevoegd was de subsidiegever te binden, hem geen beroep op het vertrouwensbeginsel toekomt(81). Maar de wethouder die toezeggingen omtrent een subsidievoordracht deed, kon zich slechts redden doordat hij daarbij uitdrukkelijk een voorbehoud had gemaakt(82).

De jurisprudentie van de Afdeling is vooral duidelijk in de gevallen waarin het gedrag van de subsidieverkrijger beïnvloed is door toegezegde subsidies of bestendig beleid bij subsidieverlening en de subsidie in een later stadium niet blijkt te worden verleend. Ingeval de subsidieverkrijger reeds uitgaven heeft gedaan of anderszins onherroepelijke handelingen heeft verricht, wordt het niet-verlenen/intrekken van de subsidie in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel geacht(83). KONIJNENBELT spreekt hier over het dispositievereiste, zoals dat ook door de Hoge Raad werd gehanteerd(84).

Het aardigste voorbeeld, uit een oogpunt van rechtsvergelijking met het civiele recht, van de wijze waarop de Afdeling rechtspraak omspringt met een beschikking, die weliswaar formeel als een subsidiebeschikking en dus als voor Arob-beroep vatbaar was aan te merken, maar die materieel alle elementen van een wederkerige

(79) Afdeling rechtspraak 28 augustus 1984; A31.33.03 (1982).

(80) Hoge Raad 27 januari 1984, *N.J.*, 1984, 545(G) inzake W.G.O./Koma.

(81) Afdeling rechtspraak 23 april 1985, *A.B.*, 1986, 378 (RF).

(82) Afdeling rechtspraak 26 juli 1986; R03.84.19.20.

(83) Afdeling rechtspraak 28 mei 1984, *A.B.*, 1984, 435 (JHvdV).

Afdeling rechtspraak 21 juni 1984, *A.B.*, 1985, 171 (JHvdV).

Afdeling rechtspraak 11 februari 1986, *AB*, 1986, 358 (I.C. vd Vlies).

(84) VAN WIJK- KONIJNENBELT, o.c., 92 e.v., zie ook de daar genoemde jurisprudentie van de burgerlijk rechter.

overeenkomst in zich droeg is te vinden in een uitspraak van 18 maart 1986, Greiner/ G.S. Noord-Holland(85).

Gedeputeerde Staten van Noord-Holland hadden subsidie toegezegd aan Greiner voor de vervaardiging van een film-scenario over recreatie in deze provincie. Greiner had in zijn aanvraag een termijn genoemd waarbinnen het scenario af zou zijn; in de subsidiebeschikking is deze evenwel niet herhaald. Moe van het wachten hebben Gedeputeerde Staten in een later stadium aan Greiner alsnog een termijn gesteld, met de waarschuwing dat bij overschrijding van die termijn géén subsidie zou worden verstrekt. Greiner protesteerde niet tegen deze „ingebrekestelling”, maar produceerde ook geen scenario. Vervolgens trokken Gedeputeerde Staten de begunstigende beschikking in. Hoewel de Afdeling uitdrukkelijk overweegt dat aan intrekking van een begunstigende beschikking uit een oogpunt van rechtszekerheid strenge eisen moeten worden gesteld, meent de Afdeling dat onder déze omstandigheden het achteraf stellen van een termijn en vervolgens intrekken van de begunstigende beschikking redelijk was. Naar verwachting had de burgerlijk rechter, gelet op het ontbreken van een fatale termijn in een overeenkomst en de latere ingebrekestelling op een redelijke termijn, bij overschrijding van deze termijn niet anders kunnen oordelen.

Hierboven, in hoofdstuk 3.3., zijn de Landsmeerarresten uit 1963 aan de orde geweest, waarbij de beide werven, bij gebreke van een administratiefrechtelijke rechtsgang, in kort geding tegen de woonruimtevoordering door de gemeente Landsmeer zijn opgekomen. Ter afsluiting van dit rechtsvergelijkend hoofdstuk wil ik ingaan op de mogelijke uitkomst ingeval deze procedure na 1976 zou hebben gespeeld en derhalve de Afdeling rechtspraak tot oordelen bevoegd zou zijn geweest. Bij de vraag of de gemeente — niettegenstaande de overeenkomsten met de werven — nog in redelijkheid tot woonruimtevoordering had kunnen overgaan, had voor de Afdeling wellicht ook het financiële aspect een rol gespeeld. Steeds vaker immers lijkt de Afdeling bereid te denken aan enige vorm van bestuurscompensatie, waarbij voor de afweging van de betrokken belangen doorslaggevend kan zijn of compensatie wordt of kan worden geboden voor de door de betrokkene te lijden schade(86). De Hoge Raad kon op de financiële schade van de beide werven echter niet ingaan. Nu biedt de woonruimtetwet, waarop de vorderingen gebaseerd wa-

(85) Afdeling rechtspraak 18 maart 1986, *A.B.*, 1987, 40 (ICvdV).

(86) Zie b.v. Afdeling rechtspraak 8 juni 1984, *A.B.*, 1985, 188 en Afdeling rechtspraak 23 november 1984; STROINK-TEN BERGE, III, 3261 (BdW) en *B.R.*, 1985, 471 (Koeman).

ren, een vergoeding aan diegenen tot wie de vordering is gericht, maar deze omvat slechts de huurwaarde c.a.. Het is alleszins denkbaar dat de door de werven geleden schade veel meer omvatte; het zal bijvoorbeeld moeilijker zijn geworden om personeel te werven zonder deze „lokwoningen”. Ik vermoed derhalve dat het voor de betrokken werven gunstiger zou zijn geweest indien de Afdeling rechtspraak over deze kwestie en hun overeenkomsten met de gemeente had mogen oordelen.

SOMMAIRE

Le contrat entre le gouvernement (y compris ses organes et services divers) et le particulier ou l'entreprise est généralement gouverné par le droit civil.

Par conséquence, chaque demande émanant d'un tel contrat est soumise à la juridiction civile et non au jugement d'une cour administrative. Dans certains cas, le droit public peut imposer aux autorités publiques (comme par exemple le conseil municipal) la ratification d'un contrat rédigé par ses fonctionnaires.

Une telle ratification est considérée généralement comme étant, elle aussi soumise aux principes du droit civil.

Le gouvernement bénéficie traditionnellement d'une grande liberté concernant ses engagements contractuels.

Cette liberté se manifeste notamment dans le cas où le gouvernement préféré se lier par contrat civil plutôt que d'exercer son autorité par voie publique.

Ceci dit, le gouvernement reste libre de se réserver contractuellement la possibilité d'exercer son autorité dans certains cas précisés.

La juridiction reconnaît généralement que le système du droit public ne peut toujours assurer le souple fonctionnement des pouvoirs publics et accepte que le gouvernement ait recours au droit civil.

Bien entendu, les autorités publiques ont à se garder d'utiliser leurs compétences diverses de façon à imposer aux partenaires contractuels particuliers des contrats non légitimés par l'intérêt public. Jusqu'à présent, les tribunaux ont très rarement eu affaire à ce genre de contrats.

Par contre, les cas se multiplient où les autorités publiques stipulent des conditions contractuelles trop rigoureuses ou, au contraire, se dépouillent à tort de certaines compétences.

La cour de cassation a prescrit que le comportement du gouvernement est à mesurer par le même système de critères nomatifs, aussi bien dans le domaine public que civil.

ZUSAMMENFASSUNG:

Verträge zwischen den Staat und Privater oder juristischen Personen unterliegen fast immer die Wirkung des Privatrechts. Ansprüche aus oder bezüglich diesen Verträgen werden demgemäss geltend gemacht von Zivilgericht. In vorliegenden Fälle kann das Administrativrecht verfügen dass bestimmte Behörde (z.b. der Gemeinde rat) einen Vertrag unterzeichnen oder ratifizieren. Diese Entscheidungen lassen sich ebenso zur privatrechtlichen Rechtsgeschäfte kwalifizieren und gehören dadurch nicht zu der Kompetenz der Administrativjustiz.

Die Freiheit des Staates um mit seinen Bürger einen Vertrag an zu gehen wird im Jurisprudenzrecht traditionel anerkennt. Ebenso in Angelegenheiten worin der Staat die Anwendung eines privatrechtlichen Mittel seiner publikrechtlichen Zuständigkeit vorzieht. Beschränkung dabei ist jedoch dass auch der Staat die Grenzen der Billigkeit nich überschreiten darf. So hat das obersten Gericht der Niederlande ganz klar entscheiden dass die Grundsätze des öffentlichen Rechts ebenso Anwendung finden im Privatrecht in jeder Angelegenheit worin die Handlungsweise des Staates beurteilt werden muss.

SUMMARY

As a rule, contracts between the State (including local government agents) and private persons or companies are governed by private law.

Exceptions to this rule are few and far between.

Consequently, any claims arising under or in connection with these contracts are to be brought before a civil court.

As the case is, public law may stipulate that certain authorities (e.g. a local council) ratify a contract previously prepared by council-executives. These decisions, too, are usually regarded as juridical acts under civil law, and therefore fall outside the jurisdiction of the administrative courts.

The freedom of the State to enter into contracts with its citizens is traditionally favoured by case law. This freedom is also apparent in cases where the State obviously has opted for the private avenue in preference of its powers under public law. The State is even free to state in a contract it will make use of its powers in a certain and specified way in consideration of a citizen's promise.

With a few important exceptions, courts recognise that public law is not perfect and that the Government sometimes has to turn to tools provided by private law in order to safeguard the common good.

Public authorities must not, of course, use their various powers to induce citizens to enter into contracts which do not serve the public interest entrusted to the authority in question.

Courts rarely have had to deal with cases of this kind, however. Much more frequently are the cases in which public authorities, although pursuing their legitimate interests, asked more from citizens than was fair and equitable or, conversely, shedded too much of their powers. The Supreme Court made it quite clear that standards applicable to governmental conduct in public law also apply in private law each time the conduct of the Government is to be judged.