

PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSBETREKKINGEN MET DE OVERHEID NAAR KOMEND RECHT

*De wetgever is er om zo te zeggen niet voor zijn plezier
(G.E. Langemeijer, in Acht civilisten in burger, blz. 141)*

Mr J. Spier

1. Inleiding

De afgelopen jaren heeft de relatie tussen de overheid en haar onderdanen zich in een ruime belangstelling mogen verheugen. Zo werd de wet Arob ingevoerd, waardoor de rechtsbescherming tegen de administratie zeer aanmerkelijk werd uitgebreid. Mede door toedoen van de Arob-rechter kregen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer gestalte en gewicht. In steeds bredere kring wordt aanvaard dat overheidshandelen daaraan mag worden getoetst. De Wet Openbaarheid van bestuur zag het licht, waardoor - althans in theorie - veel gegevens toegankelijk werden. Art. 107 lid 2 van de nieuwe Grondwet verplicht vaststelling van regels van algemeen bestuursrecht. Door de wisselwerking van rechtspraak en literatuur is op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad een stroomversnelling op gang gekomen, waardoor tal van tot voor kort onduidelijke punten tot klaarheid zijn gebracht en vastgeroeste tradities zijn opgepoetst. Het gebied der "bestuurscompensatie" trekt in toenemende mate de aandacht.

Zojuist werd gesproken over *algemene regels van bestuursrecht*, tot welker vaststelling de Grondwet verplicht. De Regering laat daar geen gras over groeien. Reeds op 19 mei 1982 werd een werkgroep ingesteld, die op 28 oktober 1982 een rapport het licht deed zien. Uit dit rapport blijkt duidelijk dat in beginsel niet de bedoeling is in de "voorgestelde" wet regels op te nemen met betrekking tot privaatrechtelijke aangelegenheden. Zo wordt opgemerkt: de werkgroep vindt "dat het geen aanbeveling verdient privaatrechtelijk handelen door het bestuur onder de werking van

de Wet algemene regels te doen vallen. Het privaatrechtelijk handelen door bestuursorganen dient, zo meent zij, in beginsel beheerst te worden door de regels van het privaatrecht. Indien echter bijzondere omstandigheden daartoe nopen, kunnen, in aanvulling op het privaatrecht, publiekrechtelijke voorzieningen worden getroffen. Ook is het denkbaar dat de Wet regels geeft over de gevallen waarin en de wijze waarop bestuursorganen tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen besluiten."¹⁾

Over enkele jaren zullen, althans naar voorshands aannemelijk is, de boeken 3, 5 en 6 van het *NBW* worden ingevoerd. Daarin komt evenals in het huidige *BW* de privaatrechtelijke verhouding overheid-niet overheid nauwelijks aan de orde.

Met betrekking tot het toch niet onbelangrijke terrein der *overeenkomsten met de overheid* zal men tevergeefs speuren naar uitdrukkelijke bepalingen; in de parlementaire geschiedenis valt hier eerder en passant een opmerking over dit onderwerp te ontwaren.²⁾

Voor de *onrechtmatige overheidsdaad* geldt, waar het wettelijke bepalingen aangaat hetzelfde, Doch hier bestaan ten minste uitvoerige beschouwingen. Kort gezegd komen die er op neer dat regeling ongewenst is.³⁾ In de Memorie van Antwoord wordt opgemerkt:

"De ontwikkelingslijn moet er zijn uit kracht van de functie der rechterlijke macht, de burger in zijn telkens in aard en omvang wisselende aanraking met de Overheid die rechtsbescherming te geven, welke met inachtneming van de voor de Overheid onontbeerlijke armslag mogelijk is. Uit dezen hoofde is een wettelijke regeling dus niet noodzakelijk."⁴⁾ Voorts heet het dat "nog geen bruikbare, door de wetenschap als aanvaardbaar erkende formulering is gevonden" in verband waarmee "het niet raadzaam (is) thans te trachten zulk een formulering in het Burgerlijk Wetboek op te nemen".⁵⁾ Uit het mondeling overleg komt naar voren dat de jurisprudentie nog onvoldoende is uitgekristalliseerd.⁶⁾ Een enigszins ander geluid viel te beluisteren uit het advies van de Raad van State. Hoewel de Raad niet pleit voor speciale regels⁷⁾ "acht (hij) het wenselijk, dat aan het specifieke karakter van het

overheidsoptreden in de Memorie van Toelichting aandacht wordt geschonken".⁸⁾ Daarvan is het niet mogen komen.

Voor toepassing van de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* heeft de wetgever met art. 3.1.1.15 een "kapstok" willen geven.⁹⁾ Over de *rechtmatige overheidsdaad* is in de parlementaire geschiedenis het een en ander te lezen.¹⁰⁾ In het Voorlopig verslag staat te lezen dat de Commissie toejuicht dat het beginsel van schadevergoeding bij rechtmatige daad wordt erkend.

"De vraag of het niet juist is, vooralsnog van een codificatie van dit rechtsbeginsel (gedoeld wordt op het oude art. 5.1.2, thans 5.4.0 en 6.3.1.5b, JS) af te zien en de verdere ontwikkeling van rechtsbewustzijn en jurisprudentie af te wachten beantwoordt zij ontkennend".¹¹⁾

In de Memorie van Antwoord maakt de Minister of hoffelijke wijze duidelijk dat de Commissie wat "doorslaat".

"Het gaat *hier* inderdaad om een geval waarin de wetgever schadevergoeding bij rechtmatige daad mogelijk wil maken. *Mogelijk* is dat daarvan een bevruchtende werking zal uitgaan voor andere gevallen..." (curs. JS)¹²⁾

In het mondeling overleg wordt de deur dichtgegooid:

"Ten slotte besteedt de regeringscommissaris nog aandacht aan de hierboven opgeworpen vraag, of door het derde lid ... (van het toenmalige art. 5.1.2, JS) de rechtmatige overheidsdaden, die naar huidig recht meestal niet met schadevergoeding gepaard gaan, in de toekomst daarentegen voor een belangrijk gedeelte wel tot schadevergoeding zullen leiden. Hij kan deze vraag slechts in zoverre bevestigend beantwoorden dat, als het om gevallen gaat, waarin de *hinder* (curs. JS) inderdaad volgens art. 6.3.1.1 onrechtmatig zou zijn, de hier bedoelde rechtmatige overheidsdaden inderdaad tot schadevergoeding zullen leiden..."¹³⁾ Zie nader nr. 8.

Uit het bovenstaande blijkt dat in de nieuwe wettelijke bepalingen geen afzonderlijke aandacht zal worden besteed aan de "privaatrechtelijke betrekkingen met de overheid". Wel is, in een schaars aantal gevallen, uit de parlementaire geschiedenis op te maken hoe de wetgever daarover oordeelt. Daarop wordt hierna ingegaan.

2. Een regeling gewenst?

De positie van de overheid in ons rechtsbestel is een bijzondere. Te haren opzichte gelden niet zonder meer de "gewone regels". Dat houdt verband met haar taak: het behartigen van het algemeen belang. Deswege behoeft zij speelruimte die andere deelnemers aan het rechtsverkeer niet nodig hebben.¹⁴⁾ In dit licht bezien zouden daarop toegesneden wettelijke bepalingen geen overbodige luxe zijn. Het achterwege blijven daarvan kan niet worden gedragen door de motivering "dat wij al een ontzaglijke materie te verwerken hebben"¹⁵⁾ hoeveel waardering met name de Vaste Kamercommissie en het Ministerie ook verdienen voor hun vele en diepgravende werkzaamheden.

Het niet regelen kon eertijds mogelijk worden gerechtvaardigd met de stelling dat de hiervoor genoemde rechtsgebieden nog te veel in beweging waren.¹⁶⁾ Sinds het verkondigen van dit standpunt is veel tijd verstreken. Daarin heeft de rechtsontwikkeling niet stilgestaan. Thans zijn de inzichten op veel punten voldoende uitgekristalliseerd. In een aantal gevallen worden tegenstrijdige opvattingen in literatuur of rechtspraak verkondigd.

Intussen is duidelijk dat niet alle vragen kunnen worden beantwoord. Al was het maar omdat ter zake geen voldoende concrete regels kunnen worden geformuleerd, zoals dat jammergenoeg voor meer onderwerpen geldt. In die gevallen zou de wetgever zijn visie kunnen neerleggen in de parlementaire stukken. Aldus kan de wetgever de rechtsontwikkeling, binnen de grenzen van het mogelijke, toch richting geven. Hiertoe bestaat te meer aanleiding omdat een aantal beschouwingen in uit parlementaire geschiedenis inzonderheid met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad, duidelijk daté zijn. Voorkomen wordt dat later op duidelijk verouderde opvattingen, die niet tijdig zijn "herroepen", moet worden teruggevallen.

3. Verdere opzet

Onder 1 werd al aangegeven welke onderwerpen in aanmerking komen voor behandeling. Het betreft:

- de toetsing aan en het belang van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; zie daarover no. 5;
- de onrechtmatige overheidsdaad; daarover no. 6;
- overeenkomsten met de overheid, waarop no. 7 betrekking heeft;
- de rechtmatige overheidsdaad; daarop ziet no. 8.

Duidelijk is dat aan dit alles één voorvraag vooraf behoort te gaan: wat moet onder overheid worden verstaan.

4. Wat te verstaan onder: overheid?

Wanneer er aanleiding bestaat om voor de "privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen" van de overheid bijzondere regels te stellen, dringt zich alras de vraag op: wat moet onder overheid worden verstaan? Beantwoording van die vraag is moeilijk. De literatuur worstelt daar kennelijk ook mee. De vraag wordt heel vaak niet gesteld. Gebeurt dit wél, dan is het antwoord doorgaans vrij vaag, terwijl dan niet of nauwelijks uit de doeken wordt gedaan welke gevolgen men aan beantwoording verbindt. Dit alles lijkt vreemd, doch is het niet. Alvorens daarop in te gaan eerst een aanzet tot een antwoord.

Het is duidelijk dat de in art. 1 lid 1 boek 2 B.W. genoemde rechtspersonen in elk geval als overheid kunnen worden aangemerkt.¹⁷⁾ Er is alle aanleiding eender te oordelen voor de in lid 2 bedoelde rechtspersonen.

Problemen ontstaan bij door de overheid opgerichte rechtspersonen, en bij die waarin zij (een groot deel der) aandelen houdt, of waarover zij anderszins in overwegende mate zeggenschap heeft. Verdedigd wordt wel dat ook in zo'n geval van overheid gesproken moet worden, althans wanneer de betreffende rechtspersonen een deel van de overheidstaak behartigen.¹⁸⁾ Wanneer dat het geval is, kan niet in het algemeen worden gezegd. Ten aanzien van de NS lijkt dit het geval, bij DSM evident niet.

Intussen is duidelijk dat het belang van beantwoording van de vraag ook weer niet moet worden overspannen. De "bijzondere regels" die geboden lijken spelen uit hun aard slechts een rol

wanneer de "bijzondere positie" van de administratie in het geding komt. Naarmate men verder af komt te staan van het "echt besturen" bestaat aan die speciale regels niet alleen minder behoefte, zij zijn in die gevallen ook geenszins zonder meer gewenst. Hoe dit zij: het komt aangewezen voor dat de wetgever zich over een en ander uitlaat. Wil hij dat voor bijvoorbeeld de NS of de PTT, geen afzonderlijke rechtspersoon en bijgevolg de Staat der Nederlanden de "overheidsregels" gelden? Zo ja, dan moet hij dat zeggen, al was het maar omdat er anders gereede kans bestaat dat men deze te haren opzichte niet zal toepassen.

De vraag wat moet worden verstaan onder "overheid" kan op onverwachte wijze van belang zijn. Ten aanzien van art. 6.3.2.3 lezen we in MvA II: "Het artikel geldt evenmin voor de overheid waar een regel in deze trant ten aanzien van werkzaamheden ter uitoefening van de overheidstaak tot onoverzienbare consequenties zou leiden. Wél valt er uiteraard het *overheidsbedrijf* onder".¹⁹⁾

5. Algemene beginselen voor behoorlijk bestuur

De algemene beginselen voor behoorlijk bestuur worden in *civilibus* in toenemende mate in stelling gebracht. Zo langzamerhand is er niet veel twijfel meer mogelijk over de vraag of men daarmee bij de burgerlijke rechter gehoor vindt. Het is duidelijk dat zulks het geval is.²⁰⁾ De vraag waarover nog wordt getwist is: in welke omvang kan toetsing plaatsvinden. Moet dat marginaal of is volle toetsing mogelijk? De rechtspraak is niet bijster duidelijk, vertoont - lijkt het - een zwalkerig karakter.²¹⁾

Door Drion is verdedigd dat al dan niet rechtstreekse toetsing lood om oud ijzer is. Het resultaat is in beide gevallen hetzelfde.²²⁾ Dit omdat bezwaarlijk kan worden gezegd dat de overheid in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur handelt, wanneer zij in redelijkheid heeft kunnen handelen gelijk zij deed. Deze opvatting is niet onbestreden gebleven.²³⁾ Het is niet ondenkbaar dat zij juist is, doch nu daarover ten minste twijfel mogelijk is, ligt in de rede dat de wetgever het verlossende woord spreekt.

J.A.E. van der Does vindt dat kennelijk onnodig²⁴⁾, doch het "waarom" van deze belangrijke stelling komt niet erg uit de verf. Niet zonder meer overtuigend is toch de stelling dat de strijdbijl moet worden begraven "tenzij en totdat iemand eens een arrest kan aanwijzen waarin de afloop anders is geweest dan hij geweest zou zijn, indien de zaak was voorgelegd aan een wel rechtstreeks toetsende administratieve rechter".

De wetgever heeft niet geheel stilgezeten. Art. 3.1.1.15 is in zijn visie een kapstok waaraan toepassing der algemene beginselen kan worden opgehangen.²⁵⁾ Geschrokken van zijn vermetelheid wordt even verderop gezegd:

Het artikel zegt "niets over de invloed die het privaatrecht op het publiekrecht kan hebben en over andere invloeden van het publiekrecht op het privaatrecht door beperking van privaatrechtelijke bevoegdheden."

Daargelaten de onelegantie van het nalaten belangrijke zaken in de toelichting te "regelen" moet worden gevreesd dat 's wetgevers voorzichtige "kapstok-beschouwingen" niet zonder meer toereikend zullen zijn. Reeds hierom verdient het aanbeveling om hetzij in het NBW dan wel in de Wet algemene regels bestuursrecht een bepaling op te nemen dat overheidshandelen door de rechter *altijd* aan de algemene beginselen mag worden getoetst. En wel, ter vermindering van misverstand, volledig. Deze laatste toevoeging is *wellicht* overbodig, opneming ervan is in elk geval geen luxe. Dat moge uit het voorafgaande volgen.

6. Onrechtmatige overheidsdaad

Het grote probleem met betrekking tot het uiterst ingewikkelde leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad bestaat hierin: kan en mag het overheidshandelen naar de "normale maatstaven" worden gemeten, en zo nee, waarom niet? Hoe ver gaat de afwijking van de normale regels? Naar geldend recht moet de rechter zich noodgedwongen met art. 1401 behelpen.²⁶⁾ Wordt dat naar komend recht anders? Het ziet er niet naar uit.²⁷⁾ Los van na te noemen - intussen algemeen geldend - art. 6.3.1.5b zal de rechter slechts houvast hebben aan de artt. 6.3.1.1 e.v.

Er is slechts een vrij onbelangrijke uitzondering: art. 3.1.2.11 dat - kort gezegd - de Staat aansprakelijk maakt voor inschrijving in de openbare kadastrale registers, die in strijd met de wet is geschied. Tekenend voor het bijzondere karakter van de onrechtmatige overheidsdaad is intussen het Rapport aan de Koningin met betrekking tot lid 3. De Raad van State had er over geklaagd dat de draagwijdte daarvan niet kon worden overzien. Ter zake heet het laconiek: "De ondergetekende kan deze opmerking beamen, doch vindt daarin geen aanleiding de bepaling te wijzigen. De omvang van de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige daden, ... is in het burgerlijk recht meestal neergelegd in bepalingen die veel ruimte laten voor rechterlijke interpretatie."²⁸⁾

Er zij nog gewezen op de - mijns inziens juiste - opvatting van Schoordijk dat, gelet op de Memorie van Antwoord op art. 6.3.2.3 niet is te verwachten dat naar NBW de rechtspraak met betrekking tot de vraag wie ingeval van "mede bewind" kan worden aangesproken zal wijzingen.²⁹⁾

De kern van de zaak blijkt natuurlijk:

- behoren voor de overheid bijzondere regels te gelden?
- aan de hand van welke criteria kan naar NBW het overheidshandelen worden getoetst?
- bestaat ten aanzien van bestuurlijk handelen beleidsvrijheid, en zo ja, in welke gevallen en in hoeverre?

Over deze vragen zwijgt de wet. Uit de parlementaire geschiedenis valt wel het een en ander te putten. Daarop wordt eerst ingegaan om vervolgens te bezien of het aangevoerde toereikend is. De destijds belangrijke opmerkingen over vraagstukken die thans iedere actualiteit missen blijven onbesproken.

Over de *bijzondere positie der overheid* heeft met name de Raad van State hele fundamentele opmerkingen gemaakt. De uitleg van art. 1401 kan voor overheid en burger niet gelijk zijn.³⁰⁾ Het is nu eenmaal, volgens de Raad, "niet aanvaardbaar dat de burger, zich tezamen met zijn gelijken bewegend in het maatschappelijk verkeer enerzijds, en de overheid, met speciale bevoegdheden optredend ter behartiging van het algemeen belang

anderzijds, aan een en hetzelfde criterium zouden worden onderworpen voor wat betreft het al dan niet rechtmatige van hun handelingen".³¹⁾

In essentie oordeelt de Minister kennelijk eender.³²⁾

Met het vorenstaande is evenwel nog weinig concreets gezegd. Het maakt nog niet duidelijk *aan welke criteria* kan worden *getoetst*. Dat was eigenlijk - los van de algemene beginselen, waarover zo dadelijk - alleen nog een vraag voor het criterium: strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. De wetgever lijkt er vrede mee te hebben dat zodanige toetsing plaatsvindt.³³⁾ Doch een en andermaal wordt - en volkomen terecht - benadrukt dat bij beoordeling van de vraag wat (on)zorgvuldig is een rol speelt dat het gaat om een overheids-handeling.³⁴⁾ In het Rapport aan de Koningin formuleert de Minister het heel zuiver.³⁵⁾

"De omstandigheid toch dat een bepaalde handeling door een Overheidslichaam ter uitvoering van zijn taak verricht wordt, kan ... ook bij toepassing van de artikelen 6.3.1 e.v. aanleiding zijn, die handeling niet onzorgvuldig te oordelen, terwijl zij dat wel zou zijn indien zij door een particulier was verricht. Het blijft namelijk altijd mogelijk onderscheid te maken tussen de feitelijke voorwaarden die vervuld moet zijn wil enerzijds voor de burger, anderzijds van de Overheid gezegd kunnen worden dat onzorgvuldig is gehandeld."³⁵⁾

Het andere "hot item": mag de rechter aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetsen, lijkt door (de toelichting op) art. 3.1.1.15. opgelost. Verwezen zij naar hetgeen in sub 5 werd gezegd. Duidelijk is dat het belang van deze toetsing niet licht kan worden overschat. Of die beginselen, de letter van art. 6.3.1.1. ten spijt, een afzonderlijk onrechtmatige daadscriterium constitueren is een academische kwestie. De wetgever zij vergeven dat hij dit dogmatische hoogstandje ontloopt.³⁶⁾

Hoe terughoudend moet de rechter zijn? Enigszins verrassend vindt men het antwoord in boek 5, en wel in de hinderbeschouwingen. Het heeft er enigszins schijn van dat de de Minister vindt dat overheidsbeleid ipso facto slechts marginaal mag worden ge-

toetst.³⁷⁾ Doch ook vinden we een genuanceerder standpunt: "*Evenals bij een overheidshandeling die formeel door de bepalingen van de wet wordt gedekt, slechts een zg. marginale toetsing mogelijk is*"³⁸⁾ (curs. JS) Veel meer is niet te traceren. De oogst is dus mager. Te mager. Teveel blijft hier in het vage. Wanneer moet nu precies marginaal worden getoetst? Wat moet worden verstaan onder overheidsbeleid? Moet elk beleid even terughoudend worden bekeken? En zo neen - en het het antwoord zal wel neen moeten luiden - in wat voor soort gevallen is een "minder marginale" toetsing geïndiceerd? Hoe zit het wanneer de overheid iets moet doen, doch beleidsvrijheid heeft ten aanzien van de wijze waarop, terwijl zij eenvoudigweg stil blijft zitten? Dan valt niet te toetsen! Mag het stilzitten dan in volle omvang worden beoordeeld? Moet worden aangenomen dat louter feitelijk handelen in volle omvang en met behulp van het "normale criterium" mag worden getoetst? Denkelijk wel.

Al deze vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Het lijkt ondoenlijk, ja zelfs onmogelijk, ze zo te beantwoorden dat geen vragen overblijven. Doch de wetgever mag dit moment niet voorbij laten gaan zonder zijn licht over deze problematiek te laten schijnen. In ons rechtsbestel is het immers in principe aan de wetgever en niet aan de rechter, en nog minder aan de doctrine om het recht te maken. Dat iets meer dan niets best mogelijk is, blijkt duidelijk wanneer wij ons oog richten op de Verenigde Staten. Hoe lapidair en onbevredigend de regeling daar ook moge zijn, zij biedt ten minste enige houvast.³⁹⁾ Het moet voor Justitie mogelijk zijn - gelet op de fantastische rechtsvergelijking die op talloze plaatsen wordt bedreven - om een heel eind te komen!

Naar geldend recht nemen twee soorten "overheidshandelingen" een eigen plaats in: wetgeving en rechtspraak. Thans wordt - zeer kort gezegd - aangenomen dat wetgeving in formele zin niet onrechtmatig kan zijn,⁴⁰⁾ wetgeving in materiële zin wel.⁴¹⁾ Behoudens wellicht strijd met art. 6 Verdrag van Rome⁴²⁾ kan rechtspraak niet onrechtmatig zijn.⁴³⁾ Het komt wenselijk voor dat de wetgever zich uitspreekt over de vraag of de huidige stand der jurisprudentie zijn zegen heeft; in de rede ligt dat zulks het geval is. Ten aanzien van de onrechtmatige rechtspraak is de vraag of

het standpunt in al zijn hardheid wel gelukkig is. Hoe goed 's Hoge Raads argumenten ook zijn, het is niet altijd bevredigend dat - en met name daar wringt de schoen - tegen een notoir mal jugé niets valt uit te richten.⁴⁴⁾

Hoe het bovenstaande zij, thans bestaat over enkele aspecten van beide overheidstaken strijd. Het betreft met name het volgende:

- kan rechtspraak, die art. 6 Verdrag van Rome schendt, onrechtmatig zijn? Daarover wordt niet eenduidig gedacht.⁴⁵⁾ Er is veel voor te zeggen de vraag bevestigend te beantwoorden.
- kan de Staat aansprakelijk worden gesteld bij het zoek maken van processtukken. Daarvoor is veel te zeggen.⁴⁶⁾
- is wetgeving, die strijdt met een ieder bindend internationale regeling onrechtmatig of geldt dat slechts voor de toepassing?⁴⁷⁾ Voor beide is wat te zeggen. Art. 94 Gw ("toepassing") lijkt te pleiten voor het laatste. Het gevolg daarvan zou kunnen zijn dat hij die zich (zekerheidshalve) aan een met internationale regelingen strijdige wettelijke bepaling houdt geen schadevergoeding zou kunnen vorderen, hetgeen weinig bevredigend is. Dat pleit voor het ipso facto onrechtmatig zijn.
- kan wetgeving (in formele zin) onrechtmatig zijn wegens strijd met ongeschreven volkenrecht? Hoewel de Hoge Raad daarvan niet wil(de) weten⁴⁸⁾ zou voor bevestigende beantwoording iets te zeggen kunnen zijn.

Vragen waaraan de wetgever niet voorbij mag gaan! Ook zou aandacht besteed kunnen worden aan de vraag of de Staat aansprakelijk is wanneer een rechter, in strijd met de wet, de behandeling van zaken op de lange(re) baan schuift, hetgeen met name in art. 1639w BW-zaken niet geheel ongebruikelijk is.

Tenslotte nog een korte opmerking over "overheidshinder". Ten aanzien van het oude art. 5.1.2 lid 2 werd over van de overheid afkomstige hinder opgemerkt: "... het artikel sluit niet uit dat bij de toetsing van het bij het geval betrokken beleid van de overheid terughoudendheid betracht wordt. Rekening zou moeten worden gehouden met de beleidsvrijheid".⁴⁹⁾ Het ligt in de rede dat dit alles niet anders is geworden door art. 6.3.1.5b, dat het mogelijk

maakt - kort gezegd - hinder toe te staan, mits maar schadevergoeding wordt betaald.

7. Overeenkomsten met de overheid

Het terrein van de overeenkomsten met de overheid heeft kennelijk nooit erg tot de verbeelding van de wetgever gesproken. Ook in de parlementaire stukken van het NBW zijn opmerkingen daarover met een nachtkaaars te zoeken. Geheel onbegrijpelijk is dat niet. Met name de laatste tien jaar is dit rechtsgebied in een stroomversnelling geraakt; ten dele (mede)geïnspireerd door ontwikkelingen in het buitenland, is door een niet aflatende stroom van literatuur, gedeeltelijk gevolgd door de rechtspraak, een nieuw tijdperk aangebroken, waarin nieuwe opvattingen min of meer gemeengoed zijn geworden.

Terug naar wat de *parlementaire geschiedenis* ons leert. In de Nota algemeen belang wordt kennelijk met instemming, gewezen op de Landsmeerdoctrine.⁵⁰⁾ Heeft de overheid bij overeenkomst "afgezien van uitoefening van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid", dan kan zij deze "toch uitoefenen, indien dit door onvoorziene omstandigheden op grond van publieke belangen gerechtvaardigd wordt. Ook deze toetsing is in beginsel marginaal".⁵¹⁾

Een opening wordt gemaakt naar toepassing van de *iustum pretium* leer. Met betrekking tot art. 3.2.10 merkt Van Ryckevorsel op gelukkig met die bepaling te zijn "omdat daarmee de rechtvaardige prijs zijn intree in het burgerlijk recht zal doen". Te dien aanzien merkt Meijers op: "Wat men uit dit voorstel zal concluderen, weet ik niet, maar of een ieder die conclusie zal trekken, betwijfel ik nog. In ieder geval zullen wij het aan de rechtsontwikkeling moeten overlaten of een zo ver strekkende conclusie uit deze regeling getrokken mag worden".⁵²⁾ Weliswaar betreft het hier een algemene opmerking, doch zij zou zeer wel bijzonder reliëf kunnen krijgen voor het hier besproken onderwerp.⁵³⁾

Uiteindelijk zij nog gewezen op art. 3.2.19. Deze bepaling kan met name een rol spelen in al die gevallen waarin een besluit tot het

aangaan van een overeenkomst goedkeuring van een hoger overheidsorgaan heeft.⁵⁴⁾ Dat lijkt althans zo bedoeld te zijn.⁵⁵⁾ Naar de letter genomen mist het artikel dan toepassing. Immers: niet de rechtshandeling heeft goedkeuring, doch het besluit haar aan te gaan!⁵⁶⁾ Door partijen kan van het bepaalde in art. 3.2.19 worden afgeweken, nu het geen dwingend recht betreft.⁵⁷⁾

De zoëven gereleveerde toegenomen belangstelling voor het hier besproken onderwerp heeft zijn neerslag gevonden in het *rapport Wettelijke regeling algemene regels voor bestuursrecht*. Daarin heet het dat "denkbaar (is) dat de wet regels geeft over de gevallen waarin en de wijze waarop bestuursorganen tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen besluiten", het werd in no. 1 al gereleveerd. De werkgroep is door deze gelukkige gedachte blijkbaar zozeer in extase geraakt, dat van de weeromstuit uit het oog is verloren - een zwarte draad die door het rapport heenloopt - dat overeenkomsten door lichamen, niet door organen worden aangegaan.⁵⁸⁾

Voorts wordt gewaagd van "de op zichzelf bekende gedachte dat bestuursorganen, waar mogelijk, zich bij voorkeur dienen te bedienen van publiekrechtelijke wegen en rechtsfiguren."⁵⁹⁾

Met betrekking tot "bestuursovereenkomsten"⁶⁰⁾ wordt opgemerkt "dat de gedachtenvorming nog bij lange na niet is afgerond". Of te dier zake een wettelijke regeling moet komen wordt in het midden gelaten.

Komt het tot zo'n regeling, lijkt "de Wet algemene regels van bestuursrecht daarvoor bij uitstek een geschikte plaats ... te zijn".⁶¹⁾

Aan het volgende gaat een preliminaire vraag vooraf. Als met betrekking tot overeenkomsten met de overheid wettelijke regels worden gesteld, moet onder ogen worden gezien waar dat dient te geschieden. Zojuist bleek dat wel wordt gepleit voor opnemings daarvan in de Wet algemene regels van bestuursrecht. Daar heeft niet per se bezwaar tegen te bestaan. Doch die oplossing ligt niet aanstonds voor de hand. Het gaat hier om *privaatrechtelijke* overeenkomsten.⁶²⁾ In de rede ligt die in het B.W. te regelen.

Met betrekking tot het onderhavige onderwerp worden hierna drie "fases" besproken: precontractuele, geldigheid en uitvoering. Daarbij wordt er, gelijk dat in het voorafgaande geschiedde, vanuit gegaan dat naar komend recht aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden getoetst. Dat speelt met name een rol in de twee eerste fases.

Het navolgende biedt mede gelegenheid om op enkele punten in discussie te treden met J.A.E. van der Does⁶³⁾ en N.S.J. Koe-man.⁶⁴⁾ Beiden hebben naar aanleiding van mijn dissertatie (Van der Does ook n.a.v. die van D.A. Lubach) tal van belangrijke en inspirerende opmerkingen gemaakt.⁶⁵⁾

In de *precontractuele* fase springt het meest in het oog de vraag op welke wijze de overheid haar contractpartner moet/mag kiezen, in al die gevallen waarin het gaat om: de een of de andere. Te dien aanzien gelden verschillende "internationale regels" (EEG-richtlijnen, GATT-code) aan welke regels de Nederlandse overheid gebonden is.⁶⁶⁾ Op een enkel niet door deze regels bestreken gebied bestaan regels van "gewoon Nederlands recht".⁶⁷⁾ Vele problemen lijken daardoor opgelost. Doch dit is theorie, want bedoelde regels laboreren niet zelden aan (grote) vaagheid. Een belangrijk probleem is voorts dat de "gepasseerde" aan zal moeten tonen dat met hem ten onrechte niet is gecontracteerd. Dat bewijs zal hij niet licht kunnen leveren.

Het zojuist gesignaleerde probleem is, wederom in theorie, goed op te lossen. En wel door een heel strak systeem waarin de overheid - voor alle in geld gemeten enigszins relevante contracten - wordt verplicht te contracteren met de voordeligste aanbieder, terwijl ieder die wil mee kan dingen. *Zonder meer* voor dat systeem pleiten lijkt intussen gevaarlijk, mede in aanmerking genomen dat men daarvan in Frankrijk en België successievelijk is teruggekomen.⁶⁸⁾ Het formuleren van (meer) gedetailleerde regels (zoals bijvoorbeeld de EEG-richtlijnen en GATT-code dat doen) heeft niet op voorhand veel zin. In dit verband wijst Van der Does er terecht op dat ervaringen in het buitenland vaak leren dat de naleving problemen oplevert. "...misschien is deze materie in feite niet goed regelbaar" zo oppert hij.⁶⁹⁾ Voor zijn stellingname is nogal

wat te zeggen. Maar dat neemt niet weg dat de wetgever zich althans enigszins kan uitlaten. En wel, in dit verband, over twee vragen: welke aanbestedingsprocedure geniet de voorkeur, en: op welke wijze moet tussen gegadigden worden gekozen? Is toelaatbaar om, in (in essentie) gelijke gevallen met een ander dan de goedkoopste aanbieder te contracteren? Het antwoord zou mijns inziens ontkennend moeten luiden.⁷⁰⁾

Een zeer belangrijk punt is - het werd al gezegd - de bewijsproblemen waarin de niet-uitverkorene verkeert. Nu is heel aannemelijk dat de overheid gehouden is hem uit de doeken te doen dat en waarom hij de boot heeft gemist (het motiveringsbeginsel).⁷¹⁾ Doch, zelfs als zij dat doet, is niet op voorhand aannemelijk dat ze daarbij het achterste van haar tong laat zien. Er bestaat dus aanleiding in de wet te dezer zake regels op te nemen. En wel in die zin dat de administratie wordt verplicht alle relevante stukken - niet bevattende (bedrijfs)geheimen van anderen - desgevraagd ter inzage te geven.⁷²⁾ Of het NBW voor zo'n regeling het meest geëigend is, is zeker de vraag; het is ook niet van belang als deze materie maar wordt geregeld. Terzijde zij nog aangetekend dat de Wet openbaarheid van bestuur hier, gelet op de onbegrijpelijke⁷³⁾ rechtspraak⁷⁴⁾ van de Voorzitter Afdeling rechtspraak Raad van State geen (relevante) rol kan spelen.⁷⁵⁾

Het bovenstaande geldt mutatis mutandis voor al die gevallen waarin de overheid "aanbieder" is van schaarse goederen.⁷⁶⁾

Tenslotte nog een korte opmerking over de levering van primaire levensbehoeften. Nagenoeg algemeen wordt aangenomen dat deze in beginsel bestaat.⁷⁷⁾ Daargelaten of het NBW de plaats bij uitstek zou zijn hieromtrent iets te regelen, lijkt zulks gezien het vorenstaande onnodig. Wel wenselijk is dat des wetgever gevoelen blijft met betrekking tot heikele problematiek van levering aan krakers⁷⁸⁾ en dergelijke meer en of levering mag worden gestaakt ingeval van wanbetaling.⁷⁹⁾ Alleen al omdat hierover strijd bestaat, terwijl deze problematiek in belangrijke mate politiek gekleurd is, is het wenselijk dat de (NBW) wetgever zich uitlaat.⁸⁰⁾

Het terrein der *geldigheid* der door de overheid gesloten overeenkomsten is een van de minst toegankelijke van dit leerstuk. Inzonderheid wanneer de overheid gaat contracteren met betrekking tot bevoegdheden die zij "als zodanig" heeft (publiekrechtelijke bevoegdheden⁸¹⁾ doemt de vraag op: kan dat "zomaar"? Zonder dat die vraag daardoor geheel werd beantwoord bracht het Kruseman-arrest⁸²⁾ lang een vrij weldadige rust. Dit arrest leerde - kort gezegd - dat overeenkomsten als even bedoeld nietig zijn wanneer daaraan een wettelijk beletsel in de weg staat of de administratie, door te bedingen zoals zij deed, misbruik van bevoegdheden of een feitelijke machtspositie maakt. Het eerste gedeelte van deze regel ligt zozeer voor de hand en is in die mate gemeengoed⁸³⁾ dat codificatie niet geboden voorkomt; het tweede valt te brengen onder art. 3.2.10 lid 4.⁸⁴⁾ Naar moderne inzichten zal aangenomen moeten worden dat ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur invloed op de geldigheid kunnen hebben.⁸⁵⁾ Onder 5 bleek reeds dat zij via art. 3.1.1.15 in stelling kunnen worden gebracht. Tot zover is 's wetgevers stilzitten alleszins begrijpelijk.

De laatste jaren zijn verschillende auteurs in de ban geraakt van het Duitse recht op dit stuk, dat verstrekkende behartenswaardige en in vele opzichten duidelijke regels geeft.⁸⁶⁾ Mede daardoor geïnspireerd is de hier beschreven traag kabbelende beek der geldigheid in een stroomversnelling geraakt. Er wordt voor gepleit dat civielrechtelijk niet verboden kan worden, hetgeen publiekrechtelijk is toegestaan⁸⁷⁾; de overheid mag alleen de privaatrechtelijke route kiezen, als deze voor alle belanghebbenden dezelfde of gelijkwaardige zekerheden biedt als de publiekrechtelijke.⁸⁸⁾ Een overeenkomst behoort nietig te zijn wanneer een beschikking met gelijke inhoud dat is; bestaat aanspraak op een overheidsprestatie, dan moet bij overeenkomst niet gevorderd kunnen worden, wat via het publiekrecht onbereikbaar is.⁸⁹⁾ Verdedigd wordt ook nog dat overeenkomsten, waarbij sprake is van (grove) onevenwichtigheid tussen prijs en tegenprestatie door het nietigheidszwaard behoren te worden getroffen (evenredigheidsbeginsel).⁹⁰⁾ Hiervoor bleek reeds dat dit laatste (wellicht) strookt met de Haagse inzichten.⁹¹⁾

Of de zoëven uiteengezette "nieuwlichterij" in de rechtspraak navolging vindt is nog nauwelijks te zeggen, nu zodanige rechtspraak nagenoeg ontbreekt.⁹²⁾ De rechtspraak die er wel is, is veelal casuïstisch.⁹³⁾

Het vorenstaande brengt mee dat grote onzekerheid bestaat omtrent de inhoud van het geldend recht met betrekking tot de onderhavige materie. Dat is heel ongewenst. Reeds hierom ware zeer wenselijk wanneer de wetgever zijn licht hierover deed schijnen, in stede van hetzelfde onder de korenmaat te zetten. De recente Duitse wetgeving - hoezeer ook niet volmaakt - maakt duidelijk dat regeling, althans tot op vrij grote hoogte, alleszins mogelijk is.

Ten aanzien van overeenkomsten met de overheid is niet de onbelangrijkste vraag: in hoeverre is de overheid daaraan *gebonden*? Kan zij zich daarvan, althans onder bijzondere omstandigheden, losmaken? Naar gangbare inzichten in rechtspraak⁹⁴⁾ en literatuur⁹⁵⁾ luidt het antwoord: van een per se gebonden is geen sprake; afwijking is toegestaan, voorzover sprake is van onvoorziene omstandigheden en van een algemeen belang dat afwijking rechtvaardigt.⁹⁶⁾ Zeer algemeen wordt geoordeeld dat art. 6.5.3.11⁹⁷⁾ en 6.5.3.12⁹⁸⁾ deze benadering codificeert. De vraag rijst intussen of de Landsmeer-regel (of de daarmee overeenstemmende NBW-regeling) voldoende recht doet wedervaren aan het bijzondere karakter van overeenkomsten met de overheid.

De zoëven aangeduide vraag pleegt niet gesteld te worden. Dat toch doen, is een soort heiligschennis. Aldus wordt immers getornd aan de metafysische stelling, die de (civielrechtelijke) gemoederen in de ban houdt: de principiële gebondenheid is een onwankelbaar gegeven.⁹⁹⁾ Het krachtige dissidente geluid (mijn dissertatie)¹⁰⁰⁾ heeft geen instemming vermogen te oogsten. Voorzover thans van belang hield dit betoog in dat de administratie een veel grotere vrijheid behoeft om van overeenkomsten af te wijken. Art. 6.5.3.11 is te eng, nu dat artikel de eis van "onvoorziene omstandigheden" stelt. Nu zij aanstonds gezegd dat mijn stellingname erg ver gaat. De aangedragen tegenargumenten (vertrouwen in de overheid wordt ondermijnd, onnodig wordt voor de overheid een afzonderlijk rechtregime gecreëerd, het belang van de wederpartij

bij nakoming¹⁰¹⁾) zijn zeker niet zonder gewicht. Maar ze zijn niet aanstonds afdoende ter rechtvaardiging van handhaving van de status quo. Het is toch geenszins denkbeeldig dat het algemene belang tot afwijking noopt, zonder dat sprake is van onvoorziene omstandigheden.¹⁰²⁾ Is het dan bevredigend dat de overheid niet van de overeenkomst af kan? Dat valt allerminst zonder meer in te zien. Men kan zich niet, zoals Koeman tracht te doen¹⁰³⁾, aan beantwoording van deze vraag onttrekken met de stelling dat "in werkelijk klemmende gevallen waarin niet-naleving van een gesloten overeenkomst redelijkerwijs geboden is, ... steeds sprake (zal) zijn van de onvoorziene omstandigheden, althans van omstandigheden die door de rechter als zodanig aangemerkt kunnen worden".¹⁰⁴⁾ Deze redenering is immers te artificieel, zoals Koeman kennelijk ook wel inziet ("althans ...").

Het moge zijn, dat de voorgestelde wettelijke regeling voor veruit de meeste gevallen bevredigend is (al was het maar omdat zij aansluit op het geldende recht), er lijkt alles voor te zeggen onder ogen te zien of een kleine aanvulling niet geïndiceerd is. Bij zo'n aanvulling zou dan kunnen worden gedacht aan een bepaling als art. 60 Verwaltungsverfahrgesetz, dat luidt: "... Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen", welke regel in Duitsland nodig wordt geoordeeld *naast* een 6.5.3.11-achtige.¹⁰⁵⁾ Uit deze bepaling volge voorts dat dissidente geluiden niet op voorhand zo vreemd zijn, als men wel eens wil doen geloven. Wie daardoor nog niet overtuigd is raadplege het Franse recht!¹⁰⁶⁾

8. Rechtmatige overheidsdaad

Aan het begin van dit artikel (sub 1 in fine) bleek dat, aanvanke-lijke aanvaarding van de rechtmatige overheidsdaad ten spijt, moet worden aangenomen dat de wetgever van erkenning van dit leerstuk, laat staan van codificatie daarvan niet wil weten.

Nu er sedert het innemen van dit standpunt veel tijd is verstreken is er aanleiding de vraag onder ogen te zien of het niet moet worden heroverwogen. Daartoe bestaat te eer aanleiding in het licht van de ontwikkelingen in de literatuur.¹⁰⁷⁾ Daarmee wil niet gezegd zijn dat schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

een taak van de burgerlijke rechter zou moeten worden; op de vraag naar de wenselijkheid daarvan wordt aan het slot ingegaan.

Alvorens de hier aan de orde gestelde problematiek nader te bespreken wordt eerst onder ogen gezien wat de wetgever los van hetgeen sub 1 werd aangehaald, ter zake te berde heeft gebracht.

In de parlementaire discussie heeft de hinder centraal gestaan. Art. 5.1.2 (thans 5.4.0 en 6.3.1.5b) werd als een species van het genus onrechtmatige overheidsdaad gezien. Een species dat con amore werd omhelsd.¹⁰⁸⁾ Enigszins verrassend lezen we:

"Ten slotte besteedt de regeringscommissaris nog aandacht aan de vraag, of door het derde lid van artikel (5.1.2) de rechtmatige overheidsdaden, die *naar huidig recht meestal niet met schadevergoeding* gepaard gaan *in de toekomst* daarentegen voor een belangrijk gedeelte *wel* tot *schadevergoeding* zullen leiden. Hij kan deze vraag *slechts in zoverre bevestigend* beantwoorden dat, als het om gevallen gaat, waarin de hinder inderdaad volgens art. 6.3.1.1 onrechtmatig zou zijn ... de hier bedoelde rechtmatige overheidsdaden inderdaad tot schadevergoeding zullen leiden ..."¹⁰⁹⁾ (curs. JS)

Het is duidelijk dat de regeringscommissaris hier in zijn eigen netten verstrikt is geraakt. Recht- en onrechtmatige daad worden op niet goed begrijpelijke wijze dooreen gehutseld. Hoe dat zij, de teneur der beschouwing lijkt duidelijk: hinder zal eerder onrechtmatig zijn.¹¹⁰⁾

Voorts merkt de regeringscommissaris op dat de voorgestelde regeling geen baat kan brengen bij tijdelijke wegopbreking of definitieve verlegging; dan is immers van "hinder" geen sprake.¹¹¹⁾ Zoals bekend is de bepaling van art. 5.1.2 lid 3 verhuist naar art. 6.3.1.5b welk artikel een algemeen karakter heeft. Daaruit af te leiden dat de zojuist bedoelde gevallen thans wel tot schadevergoeding aanleiding kunnen geven lijkt een te gewaagde veronderstelling.

Dat spreekt te sterker wanneer we bedenken dat de wetgever in feite op twee gedachten hinkt. Al zijn, op zich boeiende en belangwekkende, beschouwingen over de rechtmatige overheidsdaad zijn *strikt genomen* onbegrijpelijk en/of irrelevant. Naar NBW

blijft, ook ingeval van hinder, vereist dat sprake is van een onrechtmatige overheidsdaad. Art. 5.4.0 laat wat dat aangaat niet aan duidelijkheid te wensen over. In werkelijkheid is het door de wetgever te berde gebrachte allerminst irrelevant. Kennelijk wil hij dit zeggen: hetgeen in het algemeen belang vereist is moet niet verboden kunnen worden. Is die dreiging eenmaal van de baan dan kan de omstandigheid dat sprake is van een handeling, geboden door het algemeen belang, meebrengen dat schadevergoeding moet worden betaald, zonder dat van eigenlijk gezegd onrechtmatig handelen kan worden gesproken.

Deze benadering - die op onjuiste wijze in de wet is verankerd - sluit zeer nauw aan bij die van het Voorst Stroom VII arrest.¹¹²⁾

Is de zojuist geuite veronderstelling juist, dan ligt in de rede dat de redenering in meer algemene zin kan worden toegepast. Dan is, zonder nadere toelichting, niet in te zien waarom deze benadering alleen voor hinder zou moeten gelden. Dogmatisch is dat - nog afgezien van het feit dat de dogmatiek hier toch al geweld aan wordt gedaan - onverklaarbaar, naar resultaat is het onwenselijk. De voorlopige conclusie luidt tweëerlei: het is zeer gewenst dat de wetgever aangeeft of de zojuist omschreven veronderstelling (die vooralsnog weinig is omljnd) juist is. Voorts ziet hij onder ogen of een ruimhartiger regeling van (wat in feite is) de rechtmatige daadproblematiek niet gewenst is.

Naast hinder zijn er, zoals in het voorafgaande al werd opgemerkt, meer gevallen waarin schade wordt geleden doordat de overheid in het algemeen belang bepaalde handelingen verricht of juist nalaat. De problematiek der wegopbrekingen is daarvan een belangrijk voorbeeld. Naar geldend recht zal dan niet licht aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen.¹¹³⁾ In België¹¹⁴⁾ en Frankrijk ligt dat bijvoorbeeld anders.¹¹⁵⁾ Een ander voorbeeld zou schade, geleden door het niet (adequaat) optreden bij rellen kunnen zijn, een problematiek die jammergenoeg actueel is.¹¹⁶⁾

Het is op deze plaats zinvol noch doenlijk om te trachten een enuntiatievere opsomming te geven. Te minder omdat rechtsvergelijking met Frankrijk - waar schadevergoeding bij rechtmatige

overheidsdaad in beginsel aanvaard is - leert dat een opsomming zou bestaan uit een samenraapsel van "specieusiteiten".¹¹⁷⁾ Getracht moet worden een algemene regel te vinden, waardoor recht kan worden gedaan aan het brede scala gevallen dat zich voordoet. Voor de hand ligt dan aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat die dit leerstuk in belangrijke mate gestalte heeft gegeven. De Raad overwoog in Manufactures et Machines du Haut-Rubin:¹¹⁸⁾ "La responsabilité de la puissance publique peut se trouver engagé, même sans faute, sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques au cas ou une mesure légalement prise a pour effect d'entraîner au détriment d'une personne ... un préjudice spécial et d'une certaine gravité".¹¹⁹⁾

Het lijkt uiterst wenselijk dat de wetgever zich uitlaat over de vraag of hij deze of een soortgelijke bepaling *in recht* wil transformeren. Dat geschiede idealiter door het ontwerpen van een wettekst. Doch wanneer hij daarvoor terugschrikt zou hij zich erover kunnen uitlaten of dit of een dergelijk principe door de rechter behoort te worden toegepast. Het voordeel daarvan is evident: in schrijnende gevallen kan de gedupeerde schadeloos worden gesteld, zonder dat men zich behoeft te behelpen met "schijnconstructies", zoals dat in Voorste Stroom VII geschiedde.¹²⁰⁾ Bovendien: het art. 6.3.1.5b-fundament is zonder nader wettelijke steun zo wankel dat alleen in uiterst schrijnende gevallen, zonder dat van eigenlijk onrechtmatig handelen sprake is, hulp van de rechter kan worden verwacht.

Wordt het beginsel van schadevergoeding bij rechtmatige daad eenmaal aanvaard, zijn de problemen niet geheel opgelost. Bezien moet dan nog worden of *volledige* schadevergoeding geïndiceerd is, of slechts een of andere vorm van "tegemoetkoming", in essentie het stelsel van art. 49 WRO.¹²¹⁾

Slot

De verhouding tussen de overheid en haar "onderdanen" is belangrijk. En wel in die mate dat niet te rechtvaardigen is een zo gewichtig onderwerp ongeregeld te laten. Ongeregeld dan in die

zin, dat men zich moet behelpen met de gewone regels, die uit hun aard niet zonder meer op het ongewone toepasbaar zijn. Het moge zijn dat veruit de meeste gevallen aan de hand van het komend recht bevredigend kunnen worden opgelost, dat zal niet steeds gelden. Alsdan kan de regelloosheid die de wetgever heeft geschapen tot onverwachte en ongewilde situaties leiden, zelfs tot een zekere "balorigheid" bij de rechter die de normale regels toepast met de stelling: de wetgever heeft me niet anders ter beschikking gesteld. In een tijd van stakingen van overheidspersoneel is duidelijk gebleken tot welke verdrietige consequenties zulks kan leiden.

In het toneelstuk Becket geeft Anouilh de (toen nog) grootzegelbewaarder Becket de volgende cynische visie op overheidsbestuur in de mond "Et si je vous apprenais que gouverner cela peut être aussi amusant qu'une partie de cricket ...". In Beckets opmerking ligt (nog een andere) waarheid verscholen: men zal niet licht een partij cricket ongeregeld laten!

Noten

- 1) Blz. 10. Zie, ook voor verdere literatuur, Contractenrecht VIII (Spier), no. 17.
- 2) De relatief belangrijkste is vermoedelijk te vinden in de Nota Algemeen Belang, van Zeben, Du Pon en Olthof, Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, boek 5, blz. 58.
- 3) Zie uitvoerig Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 599 e.v. en J. Spier, Onrechtmatige Overheidsdaad, blz. 91 e.v.
- 4) Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 600.
- 5) Idem, blz. 601.
- 6) Idem, blz. 601 en Wttewaal van Stoetwegen, blz. 603/4 en instemmend de regeringscommissaris, Meijers, blz. 604.
- 7) Idem, blz. 621.
- 8) Idem, blz. 622.
- 9) Memorie van Toelichting op de Invoeringswet boeken 3-6, vierde gedeelte, blz. 12. Zie nader E.J. Dommering, Mon. NBW, blz. 69-70 en Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 93-94.

- 10) Boek 5, blz. 45 e.v.
- 11) Idem, blz. 45.
- 12) Idem, blz. 52.
- 13) Idem, blz. 55. Dit betoog is niet goed begrijpelijk. Niet duidelijk wordt waarom sprake zou (kunnen) zijn van vergoeding van schade bij *rechtmatige* daad, wanneer de gedraging *onrechtmatig* is.
- 14) Zie, bijvoorbeeld, Contractenrecht, t.a.p., no. 1, Onrechtmatige Daad VII (Polak, voorheen van Baalen-Rueb, later de Planque) no. 222, J. Spier, Overeenkomsten met de overheid met name, blz. 12 e.v. en Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 1 e.v., 27 e.v., 71 e.v. en 99 e.v. en aldaar genoemde literatuur.
- 15) Mej. Tenderloo, bij de behandeling van titel 6.3, Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 603.
- 16) Al werd dit alleen betoogd t.a.v. de onrechtmatige overheidsdaad.
- 17) Aldus bijv. A.R. Bloembergen: Contracten met de overheid, blz. 3, en Overeenkomsten met de overheid, blz. 9.
- 18) D.A. Lubach, Beleidsovereenkomsten, blz. 10-11, Overeenkomsten met de Overheid, blz. 9-10. Zie over overheidsbedrijven uitvoerig: P. de Haan c.s., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, blz. 99 e.v. en H.J. de Ru, Staatsbedrijven en Staatsdeelnemingen. Zie verder Contractenrecht VIII no. 5.
- 19) Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 729.
- 20) Zie uitvoerig ook voor literatuur en rechtspraak, Onrechtmatige Daad VII, no. 136, 139, 141, 150b en 152-155b, en Contractenrecht VIII, no., 3, 21, 61 en 118.
- 21) Zie bijvoorbeeld Onrechtmatige overheidsdaad no. 22 en daar nader genoemde literatuur en Overeenkomsten met de overheid no. 8.
- 22) Overeenkomsten met de overheid, blz. 15.
- 23) Idem, Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 74-75 en, doch iets voorzichtiger, F.H. van der Burg en G.J.M. Cartigny, Rechtsbescherming tegen de overheid, 4e dr., blz. 158.
- 24) WPNR 5637, blz. 38.
- 25) Memorie van Toelichting Invoeringswet boeken 3-6 (vierde gedeelte) blz. 12.
- 26) Zie voor het geldend recht zeer uitvoerig en met zeer veel relevante literatuur en rechtspraak Onrechtmatige Daad VII en

voor een vrij summiere inleiding J. Spier, Onrechtmatige overheidsdaad blz. 27-91.

- 27) Onrechtmatige Overheidsdaad, blz. 91-94.
- 28) Parlementaire geschiedenis, boek 3, blz. 153.
- 29) Het algemene gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, blz. 387.
- 30) Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 620.
- 31) Idem, blz. 621.
- 32) Idem, blz. 601 (MvA) en 625 (Rapport aan de Koningin).
- 33) Idem, blz. 600 (VV), blz. 600 (MvA).
- 34) Idem, blz. 601 (MvA), blz. 621 (RvS).
- 35) Idem, blz. 625.
- 36) M.i. gaan de beginselen op in de "maatschappelijke zorgvuldigheid", Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 78 en NJB 1981, blz. 855.
- 37) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 59.
- 38) Idem, blz. 49.
- 39) Zie art. 2680 Federal torts claims act en daarover bijvoorbeeld C.O. Gregory, H. Kalven Jr., R.A. Epstein, Cases and materials on Torts, 3e dr. blz. 29 e.v.
- 40) Hof 's-Gravenhage, 8 december 1955, NJ 1956, 120.
- 41) HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 HD en HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 M.S.
- 42) Zie nader Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 48.
- 43) HR 3 december 1971, NJ 1972, 137 GJS en 17 maart 1978, NJ 1979, 304 MS.
- 44) In Frankrijk is de Staat aansprakelijk ingeval van "fonctionnement défectueuse des services de la justice", wanneer sprake is van "une faute lourde" (art. 11 wet van 5 juli 1972, zie hierover G. Védel en P. Delvolvé, Droit administratif, 7e dr. blz. 553 e.v.
- 45) Ja J.H.W. Blomkwist, AA 1972, blz. 288, voorzichtiger G.J. Scholten (NJ-noot 1972, 137).
- 46) Aldus ook C.J. van Zeben, van Opstall-bundel, blz. 214/5.
- 47) Hofmann-Drion-Wiersma blz. 238, anders Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 44.

- 48) HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2 DJV.
- 49) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 59.
- 50) HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202; voorts wordt nog gewezen op het Tripels arrest (HR 20 februari 1953, NJ 1954, 3). Deze verwijzing is minder gelukkig. Zie Overeenkomsten met de overheid, blz. 142, noot 22.
- 51) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 58.
- 52) Idem, boek 3, blz. 208.
- 53) Zie nader Overeenkomsten met de overheid, a.w. no. 68.
- 54) Zie daarover Contractenrecht VIII, no. 30 e.v.
- 55) Zie Voorlopig Verslag, Parlementaire geschiedenis, boek 3, blz. 246.
- 56) Zie bijvoorbeeld de in Contractenrecht VIII, no. 33 genoemde wettelijke bepalingen.
- 57) Parlementaire geschiedenis, boek 3, blz. 246/7.
- 58) Dit misverstand heerst in administratiefrechtelijke kringen wel vaker. Zie J. Spier, NJB 1982, blz. 905.
- 59) Rapport, blz. 14.
- 60) Waaronder "overeenkomsten tussen overheidsorganen en burgers omtrent de uitoefening van aan die organen toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden" worden verstaan. blz. 18.
- 61) Rapport blz. 18.
- 62) Anders dan in bijv. Frankrijk en Duitsland is het fenomeen publiekrechtelijke overeenkomst te onzent nauwelijks bekend. Zie voor Nederland Contractenrecht VIII, no. 10 e.v., voor Frankrijk Overeenkomsten met de overheid, no. 79 en Duitsland, idem no. 62 e.v. en D.A. Lubach, a.w. blz. 18 e.v. en t.a.p. nader genoemde literatuur.
- 63) WPNR 5637.
- 64) RMTh 1982, blz. 395-399.
- 65) In verband hiermee wordt hierna soms een standpunt ingenomen dat alleen dat van de betrokken auteur is.
- 66) Zie uitvoerig Overeenkomsten met de overheid, blz. 28-40 en Contractenrecht VIII, no. 24.
- 67) Contractenrecht t.a.v. no. 24.
- 68) Overeenkomsten met de overheid, blz. 65-74 (Frankrijk) en 74-85 (België).

- 69) WPNR 5637, blz. 38.
- 70) Zie uitvoerig Overeenkomsten met de overheid blz. 46-64 en 85-94; zie voor literatuur en rechtspraak ook Contractenrecht VIII, no. 22 en 23.
- 71) Overeenkomsten met de overheid, no. 12, 28 en 43.
- 72) In België waar de Raad van State oordeelt over beroepen ten deze, moet het gehele dossier aan de Raad ter beschikking worden gesteld, idem no. 37 en noot 349 en 350 en no. 44.
- 73) J. Spier NJB 1982, blz. 904-5.
- 74) 1 december 1981, AB 1982, 145 P.J. Stolk. Zie verder Contractenrecht VIII, nr. 153.
- 75) Iets optimistischer, J.A.E. van der Does, WPNR 5637., blz. 38/9.
- 76) Daarover: Overeenkomsten met de overheid, blz. 100-107, Contractenrecht VIII 144 en daar genoemde literatuur en J. Spier en C.J.J.M. Stolker, BR 1981, blz. 315-321.
- 77) Contractenrecht VIII, no. 25.
- 78) Zie onder meer de in Contractenrecht VIII, no. 25 genoemde rechtspraak, zomede Overeenkomsten met de overheid, blz. 98.
- 79) Contractenrecht VIII, no. 114a.
- 80) In kamerstuk 17 100, XIII, nr. 69 wordt te dezen zake wel het een en ander opgemerkt. In Contractenrecht VIII, no. 114a worden de meest relevante passages geciteerd.
- 81) Zie nader Contractenrecht VIII, no. 60.
- 82) HR 13 april 1962, NJ 1964, 366 HB. Zie voor verdere rechtspraak Contractenrecht VIII, no. 63-83.
- 83) Contractenrecht VIII, no. 61, sub 1.
- 84) Eender D.P. Ruitenga, diss. Amsterdam 1982, blz. 189.
- 85) Contractenrecht VIII, no. 61, sub 3.
- 86) Zie bijvoorbeeld D.A. Lubach, a.w. Hoofdstuk 2, m.n. blz. 50-60, Overeenkomsten met de overheid, blz. 124-130 en W. Konijnenbelt, preadvies NJV 1980, blz. 108-115.
- 87) J.H.W. de Planque, BR 1980, blz. 78.
- 88) Idem, blz. 81 en bijv. Overeenkomsten met de overheid, nr. 67 en A.R. Bloembergen, Contracten met de overheid, blz. 36. Zie over deze problematiek nog N.S.J. Koeman, RMT 1982, blz. 397.

- 89) Overeenkomsten met de overheid, nr. 66 en D.A. Lubach a.w. blz. 147 e.v. Koeman is het hier niet mee eens, kennelijk omdat hij meent dat de overheid aldus door haar wenselijk geachte en door de rechtspraak aanvaarde (?) overeenkomsten niet langer zou kunnen sluiten, RMTh 1982, blz. 397.
- 90) Overeenkomsten met de overheid, nr. 60 en 68, Mon. NBW-A7 (Dommering) blz. 43/4 en D.P. Ruitenga, a.w. blz. 188 noot 107.
- 91) Zie noot 52 en de daarbij behorende tekst.
- 92) Een schaarse uitzondering: Voorz. Afd. rechtspraak 4 februari 1982, AB 1982, 263 CLR, Hof Leeuwarden 23 maart 1983, BR 1983, blz. 629, AB 1983, 336.
- 93) Zie bijv. Hof Arnhem 7 oktober 1981, BR 1982, 149.
- 94) Duidelijk HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202 en 204 JHB; zie voor verdere rechtspraak Contractenrecht VIII, no. 109 e.v. en voor een analyse van recentere rechtspraak Overeenkomsten met de overheid no. 73, waarover J.A.E. van der Does, WPNR 5637, blz. 41/2.
- 95) Zie Contractenrecht VIII, no. 104-106.
- 96) Hier is de juiste benadering gevolgd van Van der Does (t.a.p.): in de Landsmeearresten hebben zowel de principiële gebondenheid als de vrijheid der overheid hun plaats gekregen.
- 97) Bijvoorbeeld J.A.E. van der Does, t.a.p. blz. 42, N.S.J. Koeman, RMTh 1982, blz. 398 en Overeenkomsten met de overheid, no. 78.
- 98) N.S.J. Koeman, t.a.p.
- 99) Zie uitvoerig Overeenkomsten met de overheid, no. 69 en 87 e.v.
- 100) Idem, no. 89 e.v.
- 101) N.S.J. Koeman, t.a.p. blz. 398 en J.A.E. van der Does, t.a.p. blz. 42/3.
- 102) Kwalitatieve verbintenissen blijven hier verder onbesproken; ten aanzien daarvan geldt dit vereiste niet, naar Koeman t.a.p. terecht signaleert.
- 103) t.a.p.
- 104) Van der Does lijkt dit terecht, zij het voor een beperkte groep gevallen, ook wel te erkennen, t.a.p. blz. 43.
- 105) Zie nader, ook voor literatuur, D.A. Lubach, a.w. blz. 66-72.

- 106) Zie daarover Overeenkomsten met de overheid, no. 79-86. Anders kennelijk België, Fr. E. de Visschere, Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur, blz. 18-19, daargelaten dat in veel overeenkomsten een wijzigingsclausule voorkomt: M.A. Flamme, A. de Grand Ry en P. Mattheï, Praktisch Commentaar, blz. 463.
- 107) Zie, onder veel meer, Onrechtmatige Daad VII, no. 222, Praktijkboek Administratief recht XVI (Meijer) 9.4, P. de Haan c.s., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, blz. 456-473, A.Q.C. Tak, NJB 1980, blz. 653-677 en Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 99-104. Zie ook nog E.A. Wilbers WPNR 5679/81. Wilbers baseert zich m.i. op een niet geheel juiste lezing van de parlementaire geschiedenis. Mede gelet op het door hem op blz. 46 geopperde is niet goed in te zien dat het door hem aangevoerde echt een verbetering is.
- 108) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 52.
- 109) Idem, blz. 55.
- 110) "lijkt", want het slot van de geciteerde volzin zou weer in andere richting kunnen wijzen, in welk geval de beschouwing nog ondoorzichtiger wordt.
- 111) Idem, blz. 55.
- 112) HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 PhANH. Zie over dat arrest met name de noot van Houwing en J. Drion, AA II blz. 96 e.v. Zie verder bijv. Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 83 e.v. en 102.
- 113) Onrechtmatige daad VII, no. 121-122, behoudens bijzondere omstandigheden, no.241.
- 114) Hof van Beroep Antwerpen, 20 december 1976, RW 1976/77, blz. 2156-2157.
- 115) Conseil d'Etat, 6 maart 1970, AJDA (Actualité juridique, Droit Administratif) 1970, 706. Ville de Paris c. Marmuse.
- 116) Zie hierover J. Spier en C.J.J.M. Stolker, NJB 1983, blz. 50-52, daarover F.P.M. Willemse, blz. 283-284, A.H.B. van Vleuten, blz. 284, waarover weer blz. 284-285.
- 117) Zie uitvoeriger G. Védél, a.w. blz. 485 e.v. (een van de meest heldere boeken over het Franse administratief recht) en A. de Laubadère Traité de droit administratif, deel I no. 1222 e.v. (8e dr.), zomede J.L. de Corail en X en B Delcros, la responsabilité administrative, blz. 22 e.v.
- 118) 29 juni 1962 Recueil Lebon 1962, blz. 432, ook uitvoerig geciteerd in J.L. de Corail, a.w. blz. 29.
- 119) Zie hierover uitvoerig G. Védél, a.w. blz. 492 e.v.
- 120) Althans naar gangbare doch door mij niet onderschreven inzichten. Zie Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 84 e.v.

Eender C.J.J.C. van Nispen, Het rechterlijk verbod, no. 196.

- 121) Zie daarover uitvoerig G.J. de Groot, Vergoeding van plan-schade.

