

**Typen overheidsovereenkomsten**

- Privaatrechtelijke overeenkomsten
- Bevoegdhedenovereenkomsten
- Gemengde overeenkomsten; bevatten beide elementen. Wordt niet apart behandeld omdat de regels over de privaatrechtelijke overeenkomst en bevoegde overeenkomst ook hierop van toepassing zijn op hun eigen elementen in deze overeenkomst.

Deze typen onderscheiden zich door het recht wat toepasselijk is op die overeenkomsten.

**Privaatrechtelijke overeenkomsten**

Object: subjectieve privaatrechtelijke vermogensrechten. Het gaat voornamelijk over eigendom. In deze overeenkomsten vinden we geen afspraken over hantering van publiekrechtelijke bevoegdheden, anders wordt het een gemeente overeenkomst. Het is ook niet mede een besluit. De benoemde overeenkomsten in boek 7 BW zijn in ieder geval privaatrechtelijk. Bijvoorbeeld huur, pacht, aanneming van werk. Het privaatrecht is rechtstreeks van toepassing. Schakelbepalingen zoals bijv. 3:14 BW hoeven hier dus niet worden gebruikt. Echter kan het publiekrecht wel invloed hebben op het privaatrecht door de hoedanigheid van de overheid in de rechtsverhouding.

**De bevoegdhedenovereenkomst**

Deze overeenkomst wordt beheerst door het publiekrecht. Soms zijn er specifieke wettelijke regels, bijv. de exploitatieovereenkomst art. 8 WGR, de uitvoeringsovereenkomst bij subsidie, de madateringsovereenkomst. Er is geen algemene wettelijke regeling. Om geen gat in de rechtsbescherming te krijgen is het privaatrecht van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet.

De bevoegdhedenovereenkomst is geen Awb-besluit, want ze zijn niet eenzijdig. De overeenkomst is tweezijdig, tegenover de uitvoering van een publiekrechtelijke bevoegdheid staat een tegenprestatie van de burger. Regels ten aanzien van het nemen van besluiten kunnen worden toegepast op bevoegdhedenovereenkomsten (de Awb). Zowel privaatrecht als publiekrecht hebben hun invloed op deze overeenkomst. Algemene voorwaarden bij bevoegdheden kunnen worden aangemerkt als beleidsregels. In wezen zijn dat namelijk geen andere typen van regels. Ze hebben dezelfde mate van bindendheid. Hier dus ook weer een mix van privaatrecht en publiekrecht. Is een besluit tot het aangaan van bevoegdheden overeenkomsten appellabel? Je zou dit kunnen aannemen omdat het gaat om een besluit tot het verrichten van een publiekrechtelijke handelen. Dat leidt echter tot problemen. Want als dit een besluit zou zijn wat bij de bestuursrechter kan worden aangevochten, dan heb je een dubbele bevoegdheid en kan dit leiden tot verschillende uitspraken in vergelijkbare zaken. We hadden namelijk al gezien dat de burgerlijke rechter zich op het gebied van de bevoegdhedenovereenkomst bevoegd had verklaard.

**Gemengde overeenkomsten**

Dit zijn overeenkomsten die veelal een combinatie van afspraken zijn over hantering van publiekrechtelijke bevoegdheden en het beschikken over de eigendom.

**Legaliteit en overeenkomsten**

Wat is de wettelijke grondslag van overheidsovereenkomsten? De overheid heeft in beginsel geen bevoegdheden zonder wettelijke grondslag. Nederland is hier soepel in; de bevoegdheid tot het aangaan van de privaatrechtelijke overeenkomst vloeit voort uit de privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid van art. 2 BW.

De bevoegdhedenovereenkomst is een publiekrechtelijke overeenkomst, voor dit type geldt dus wat anders. Deze heeft wellicht een specifieke wettelijke grondslag nodig. Het gaat vaak om bevoegdheden waarbij de overheid een bepaalde beleidsvrijheid heeft, anders zou er niets te contracteren zijn omdat de overheid dan gebonden is om een besluit te nemen in een bepaalde richting als een bepaalde situatie zich voordoet. Deze overeenkomsten vooronderstellen dus altijd een zekere mate van keuzevrijheid. Goed verdedigbaar is dan dat er geen wettelijke grondslag nodig is maar dat het aangaan van deze overeenkomsten is terug te voeren op de beleidsvrijheid die de overheid heeft bij de uitvoering van het in het contract opgenomen bevoegdheid. In Duitsland kan een bestuursorgaan in plaats van een besluit te nemen ook een contract sluiten. Dan komt het contract in de plaats van een besluit. Dit is iets anders. Dit moet inderdaad specifiek geregeld zijn. Dit kent Nederland niet.

**Geldigheid algemeen**

Art. 3:59 BW: bepalingen betreffende de nietigheid zijn ook buiten het vermogensrecht van toepassing, tenzij de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen verzet.

Art 3:40 BW: strijd met de wet, openbare orde of goede zeden leidt tot nietigheid.

In het bestuursrecht wordt nietigheid nauwelijks aangenomen. Dit heeft ook doorwerking op het overheidscontractenrecht.

### **Geldigheid van de privaatrechtelijke overeenkomst**

Art. 3:40 e.v. BW zijn van toepassing. Schending van publiekrechtelijke normen kunnen via art. 3:40 BW op zichzelf nietigheid met zich meebrengen (bijv. grondrechten). Strijd met publiekrechtelijke normen levert niet altijd nietigheid op. Art. 36 Compabiliteitswet geeft een aantal begrotingsregels. Een schending van een begrotingsregel doet niet af aan een betalingsverplichting van de overheid. Voor aanbestedingsregels geldt hetzelfde, schending kan een vernietigbaarheid opleveren. Hier kun je een beroep op doen.

### **Geldigheid bevoegdhedenovereenkomst**

Soms staat er een specifiek wettelijk verbod tot het aangaan van overeenkomsten (bijv. art. 122 Woningwet). Ook kan een overschrijding plaatsvinden van de ruimte die bij beleidsvrijheid wordt gegeven. Soms bij zijn delegatie en mandaat wettelijk geregeld dat geen overdracht van bevoegdheden mag plaatsvinden bij overeenkomst. Soms mag geen beschikkingsvervangende overeenkomst worden gesloten zonder wettelijke grondslag. Een overeenkomst laat bestuursrechtelijke procedureregels onverlet. Derdebelangen moeten worden beschermd. In zo'n situatie is de overeenkomst betrekkelijk zwak, een rechter kan oordelen dat de overeenkomst met het oog op het belang van een derde niet kan worden nagekomen.

### **Bedingen van vergoedingen**

Het gaat om een wilsovereenstemming. Maar de overheid heeft een monopolie als het gaat om de uitvoering van die bepaalde bevoegdheid. In beginsel is een wettelijke grondslag vereist voor het vragen van de burger van een tegenprestatie.

S en S (boek) vinden dat het evenredigheidsbeginsel soms de grondslag kan zijn van een vergoedingsplicht. Bijvoorbeeld als derden schade lijden. Er is een bepaling ingevoerd het mogelijk maakt dat de schade wordt verhaald op degene die baat heeft bij de vergunning maar volgens S en S kan dit reeds op grond van het evenredigheidsbeginsel worden gebaseerd.

Er is congruentie met het antwoord op de vraag of en in hoeverre aan een vergunning financiële voorwaarden mogen worden verbonden. Eventuele wettelijke voorschriften zijn van toepassing.

### **Beperking van toegang tot de bestuursrechter**

Kun je contracteren dat een grondrecht (recht op een eerlijk proces, EVRM) wordt geschonden door toegang tot de bestuursrechter te verbieden? Sommigen menen dat dit niet mogelijk is. Is echter wel feitelijk mogelijk bij vaststellingsovereenkomst, tenzij er strijd is met de openbare orde. Strijd met dwingend (bestuurs)recht levert niet altijd strijd op met de openbare orde. Afstand van een grondrecht is alleen mogelijk bij een concreet geschil. Je moet weten waar je afstand van doet. Algemene arbitrageclausules zijn wellicht problematisch (o.m. de positie van derdebelanghebbenden). Maar daarbij is altijd een escape voor de rechter dus vindt de leraar dit niet zo problematisch.

### **Doorkruisingsproblematiek**

Dit speelt alleen bij de privaatrechtelijke overeenkomst. Kan niet spelen bij bevoegdhedenovereenkomsten volgen S en S (boek), omdat het in hun ogen publiekrechtelijke overeenkomsten zijn. De Windmill-criteria gelden voor de privaatrechtelijke overeenkomst. Mogelijkheden van bedingen van tegenprestaties is groter bij een privaatrechtelijke overeenkomst dan bij een bevoegdhedenovereenkomst. Dit leidt uitzondering in het geval van het bedingen van een geldelijke vergoeding voor het gebruik van openbare zaken (zie het college van week 6).

### **Gevolgen van nietigheid**

Voor privaatrechtelijke overeenkomsten gelden de artt. 3:41, 3:42, 3:58 en 6:203 e.v. BW.

Voor de bevoegdhedenovereenkomst gelden deze artikelen ook, tenzij het rechtskarakter van de overeenkomst daaraan in de weg staat. De gevolgen zijn verschillend al naar gelang de overeenkomst al dan niet reeds is uitgevoerd. In het laatste geval zijn de mogelijkheden om de nietigheid te verdisconteren beperkter. Ook belangen van derden spelen een rol.

### **Vernietigbaarheid**

Bepalingen over vernietigbaarheid zijn conform art. 3:59 BW in beginsel van toepassing buiten het vermogensrecht. Voor privaatrechtelijke overeenkomsten gelden de regels omtrent bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden

(art. 3:44 BW) en dwaling (art. 6:228 BW). Ook hier wel de inkleuring door het bestuursrecht. Een overheid zal hier moeilijker een beroep op kunnen doen dan de burger.

Bij bevoegdhedenovereenkomsten kunnen de regels omtrent vernietigbaarheid als algemene bestuursrechtelijke regels van toepassing zijn. Bij de invulling van de criteria wordt door de bestuursrechter gekeken naar de algemene bestuursrechtelijke regelingen. Vergelijk de dwaling en de intrekking van beschikkingen.

### **Voorwaarden en tijdsbepalingen**

Dat rechtshandelingen in beginsel onder voorwaarde of tijdsbepaling kunnen worden aangegaan geldt voor het privaatrecht en bestuursrecht gelijkelijk (de schakelbepaling van art. 3:59 BW verklaard art. 3:38 BW van toepassing). De regels over de voorwaarden in Boek 6 (met name afd. 6.1.5 BW) gelden niet zonder meer, er staat namelijk geen schakelbepaling. Het verbod van potestatieve voorwaarden geldt zowel voor de privaatrechtelijke als voor de bevoegdhedenovereenkomst. De uitoefening van bestuursbevoegdheid onder de voorwaarde dat een overeenkomst wordt gesloten kan alleen op grond van een wettelijke grondslag (bijv. art. 4:33 Awb bij subsidiebeschikkingen). De leraar ziet niet zo in waarom dit meer belastend is voor de burger dan voorwaarden bij een beschikking. De overheid mag namelijk bij overeenkomst niet een grotere tegenprestatie eisen dan bij een vergunning.

### **Nakoming**

Het uitgangspunt is *pacta sunt servanda* als algemeenrechtelijk beginsel. De primaire vordering is nakoming. Voor een privaatrechtelijke overeenkomst gelden de regels over de wijzen van nakoming (art. 6:27-51 en art. 6:111-126 BW). De rechter kan niet worden omzeild door toepassing van bestuursdwang. Regels omtrent niet-nakoming (schadevergoeding) zijn ook van toepassing (art. 6:74 en 6:81 BW).

De bevoegdhedenovereenkomst kent 2 situaties. Er wordt nakoming van de overeenkomst wordt gevorderd door de overheid. Er is meer garantie dat de burger nakomt bij een overeenkomst dan bij een vergunning. Ten opzichte van de begunstigende besluiten is er het voordeel voor de overheid dat kan worden afgedwongen dat de toegestane activiteiten daadwerkelijk worden ontplooid. Ten opzichte van verplichtende besluiten zijn bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen voldoende, er is geen behoefte aan een nakomingsvordering.

Bij vorderingen ingesteld door de burger blijven bestuursrechtelijke regels van procesrecht bij het uitvoeringsbesluit van toepassing (termijnen; formele rechtskracht kan nakoming onmogelijk maken). Vernietiging van de weigering het uitvoeringsbesluit te nemen levert nog geen nakoming op. Belangen van derden maken nakoming soms onmogelijk. De regels van de 4<sup>e</sup> tranche Awb over bestuursrechtelijke geldschulden zijn goeddeels van overeenkomstige toepassing op financiële verplichtingen voortvloeiend uit bevoegdhedenovereenkomsten.

Soms doen er zich onvoorziene omstandigheden voor; HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (GCN-Nieuwegein II), zie klapper. S en S (boek) menen dat art. 6:258 BW niet van toepassing is op bevoegdhedenovereenkomsten; binding op grond van het vertrouwensbeginsel is sterker dan de regels in het privaatrecht. Daarom moet er vrijwel altijd schadevergoeding worden toegekend. De leraar is het hier niet mee eens.

Bij beleidswijzigingen zijn de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak en de aard en het gewicht van de betrokken maatschappelijke belangen bepalend. De rechter toets dit marginaal (HR 19 februari 1993, NJ1995, 704).

## **HC6 Overheid en eigendom**

**09-12-2010**

### **Privaatrechtelijk eigendom en domain public**

Er is geen algemene publiekrechtelijke regeling van de overheidseigendom. Overheidseigendom is in beginsel het privaatrechtelijk eigendomsrecht. Maar er vindt wel inkleuring plaats door het publiekrecht (vergelijk art. 3:14 BW). De overheid heeft namelijk niet het absolute recht op een bepaald goed. De overheid behartigt ook niet de eigen belangen, maar in eerste instantie het algemene belang. De inkadering door het publiekrecht wordt steeds sterker. Zie daarvoor o.a. de zaak HR 5 juni 2009, AB 2009, 327 (Amsterdam-Geschiere). De gemeente had een parkeervergunning verleend maar meende later dat de eigenaar toch niet meer gebruik mocht maken van de parkeerplaats. Als je er vanuit gaat dat de gemeente eigenaar is dan zou dit mogelijk zijn.

De HR oordeelde echter dat het niet was toegestaan omdat dan misbruik van een recht wordt gemaakt. Er wordt een publiekrechtelijke vergunning verleend dan maak je misbruik van het privaatrecht door het alsnog onmogelijk te maken.

### **Wettelijke regeling**

De bestaande wettelijke regeling is lacuneus (art. 5:24-28 BW). Verplichtingen en bevoegdheden behoeven een wettelijke grondslag. De Haan meent dat de tweegrondslagleer van toepassing is: 1. de regeling van de eigendom van

openbare zaken dient in het BW te zijn geregeld, en 2. de regeling van de openbare bestemming moet in de Awb en bijzondere wetgeving zijn geregeld. Noch het een, noch het ander hebben wij.

### **Effect van openbare bestemming op bijzonder gebruik**

HR 19-01-1962, NJ 151 (Huizen / Staat). Aan de staat komen dezelfde eigenaarsbevoegdheden toe als aan de gewone eigenaar. Een door hemzelf niet gegeven toestemming kan niet alleen langs publiekrechtelijke weg, maar ook langs privaatrechtelijke weg worden beëindigd. Al zou de publiekrechtelijke bestemming het opnemen van afvalwater inhouden, dan nog is het aan de Staat de belangen af te wegen. De rechter toetst die belangenafweging marginaal. Alleen bij kennelijke onredelijkheid grijpt de rechter in. Daar was hier echter geen sprake van. NB: ten tijde van deze uitspraak waren er geen publiekrechtelijke regelingen terzake. Zijn die er wel, dan gelden die. Sedert 1992 zijn openbare wateren niet meer vatbaar voor eigendom. De redenering van het arrest blijft echter gelden.

### **Onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik**

HR 17-01-1941, NJ 644 (Parlevinker). De parlevinker moest een vergunning hebben van de beheerder van de vaarwegen. Heeft de vergunning gekregen. Vervolgens wilde het Rijk 1500 gulden per jaar hebben omdat hij eigenaar is. Er was sprake van bijzonder gebruik van de vaarwegen.  
HR: bij bijzonder gebruik is er plaats voor een op de privaatrechtelijke eigenaarsbevoegdheid gebaseerde betalingsverplichting.

HR 19-05-2000, LJN AA5860 (Den Haag / Staat). De gemeente Den Haag baggert de haven van Schevingen uit. Wil loodsen in de Noordzee. De Staat wil als eigenaar zoveel gulden per ton ontvangen voor het loodsen. HR: door het verlenen van een publiekrechtelijke ontheffing wordt in beginsel bijzonder gebruik tot gewoon gebruik. Op die grondslag is er geen bevoegdheid tot het eisen van een vergoeding als eigenaar. De toepasselijke wettelijke regeling (WVZ) geeft wel de mogelijkheid aan de vergunning doelgebonden financiële voorwaarden te verbinden. Niet duidelijk is in hoeverre het laatste (mogelijkheid in een toepasselijke regeling) van doorslaggevend belang is geweest bij de HR.

### **Effect van de openbare bestemming op de omgeving**

HR 28-04-1961, NJ 433 (Gorsselse bomen). De gemeente plant bomen langs de weg op een afstand die niet overeenkomt met de regels van het burennrecht. De HR oordeelt dat het burennrecht in beginsel van toepassing is, tenzij deze toepassing onverenigbaar is met de openbare bestemming. Of dat zo is toets de rechter vervolgens marginaal. Het overheidsprivaatrecht botst hier eigenlijk met het gewone privaatrecht.

### **Openbare wegen**

Heeft een wettelijke regeling gekregen maar munt niet uit in duidelijkheid. Onder openbare wegen wordt soms het een of soms het ander verstaan. Feitelijke openbaarheid betekent een voor het openbaar verkeer openstaande weg (Wegenverkeerswet). Dit hoeft niet te betekenen dat ze openbaar zijn in juridische zin (Wegenwet). Openbaarheid in juridische zin is de plicht tot het dulden van gebruik door het verkeer (art. 14 Wegenwet). Beperkingen staan in art. 6 Wegenwet. Vaak gaat het om wegen in eigendom van een overheidslichaam, maar soms is de weg in eigendom van een particulier. Bij tijdelijke afsluiting van de weg bijv. voor een circus is de weg feitelijk niet meer openbaar, maar het tast de juridische openbaarheid niet aan. Entreeheffing voor een evenement op de openbare weg is niet in strijd met het tolvverbod van art. 53 Wegenwet.

Soms worden openbare wegen gebruikt voor iets anders dan het verkeer te laten rijden. Bijv. het verhuren van de weg aan een bedrijf voor het parkeren van auto's. Mag dit ondanks dat een deel van de weg is aangemerkt als openbare weg in juridische zin? Dit mag nooit zo ver gaan dat je de weg helemaal uitsluit van verkeer zodat de primaire functie van de weg komt te vervallen. Een tijdelijke fysieke uitsluiting zou wel kunnen. Art. 6 Wegenwet geeft geen basis voor beperking van de fysieke toegankelijkheid. De beperking van de toegang door bij huurovereenkomst een gedeelte van de openbare weg af te sluiten is in strijd met art. 14 en 6 Wegenwet. Een besluit tot onttrekking aan de openbaarheid is nodig voor afsluiting en bijzonder gebruik.

### **Een laatste situatie die de leraar wilde bespreken (geen sheet)**

Een situatie waar de privaatrechtelijke toestemming die wordt gegeven in het kader van een festival, wordt overgedragen aan een privaatrechtelijke organisatie. Het ging om het uitdelen van standplaatsen op een festivalterrein. Een voorlopige voorziening was aangevraagd. Oordeel van de rechter: als je als gemeente een vergunningssysteem hebt, dan moet je ook zorgen dat als iemand een vergunning heeft, diegene de vergunning dan ook kan gebruiken. De locatiebepaling kun je overlaten aan de privaatrechtelijke organisatie, maar het kan niet zover gaan dat die mag zeggen dat er helemaal geen

plaats is. Geen delegatie of mandaat aan een privaatrechtelijke organisatie is toegestaan. In Nederland heeft de overheid een gewoon eigendomsrecht dat steeds ongewoner wordt omdat het door publiekrechtelijke vergunningsystemen wordt ingekaderd.