

# Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht

Van de ‘gemene rechtsleer’ naar de ‘gemeenschappelijke rechtsleer’

Frank van Ommeren\*

## 1 Inleiding

Hoe ziet de verhouding tussen publiek- en privaatrecht eruit? In hoeverre zijn, bijvoorbeeld als de overheid een onrechtmatige daad pleegt of een overeenkomst sluit, louter privaatrechtelijke of publiekrechtelijke normen van toepassing? Of kunnen normen van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke herkomst tegelijk van toepassing zijn? Is er sprake van een hiërarchie? En wat heeft de twee-wegenleer hiermee te maken? Dat zijn de vragen die in deze bijdrage aan de orde komen.

## Hoe ziet de verhouding tussen publiek- en privaatrecht eruit? Is er sprake van een hiërarchie?

Ik zal eerst de traditionele visie bespreken en daarna enige andere, meer eigentijdse visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht ten tonele voeren. Er is een overvloed aan literatuur. Met het oog op de beperkte ruimte zal ik per visie slechts de opvatting van één auteur aanstippen en van iedere visie kort aangeven in hoeverre er daarbij sprake is van geldend recht. Ten slotte zal ik een verklaring aanreiken ter beantwoording van de vraag waarom de klassieke benadering wel moest plaatsmaken voor andere visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

## 2 De traditionele visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht

### 2.1 Gemene rechtsleer

Traditioneel wordt naar Nederlands recht voor het antwoord op de vraag naar de verhouding tussen publiek- en privaatrecht uitgegaan van de zogeheten ‘gemene rechtsleer’. Volgens de gemene rechtsleer is het privaatrecht het algemene recht, dat altijd geldt voor zover het bestuursrecht er niet aan derogert, dat wil zeggen: er geen inbreuken op maakt.

## Volgens de gemene rechtsleer is het privaatrecht het algemene recht, dat altijd geldt voor zover het bestuursrecht er geen inbreuken op maakt

De gemene rechtsleer is door verschillende auteurs in de eerste helft van de vorige eeuw (vooral in de jaren 20 en 30) onder woorden gebracht. Zeer bekend is de uiteenzetting die Paul Scholten hierover heeft gegeven in zijn *Algemeen deel* van de Asser-serie.<sup>1</sup> De ouderwetse term ‘gemeen’ komt van algemeen: volgens deze leer is het privaatrecht het (al) gemene recht. Het bestuursrecht staat als bijzonder recht tegenover het algemene recht. Het bestuursrecht is niet van andere aard dan het privaatrecht; waar het ruimte laat, gelden de privaatrechtelijke regels.<sup>2</sup>

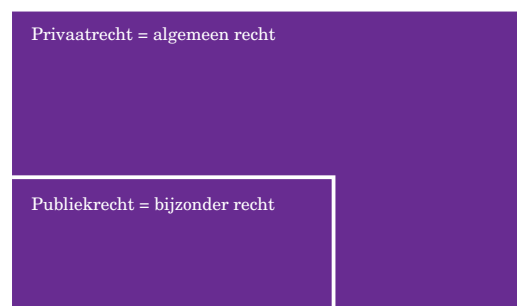
\* Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht, in het bijzonder inzake publiek-private rechtsbetrekkingen, aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

1 P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 26 e.v. Zie voorts met name F.G. Scheltema, ‘Het grensterrein van publiek- en privaatrecht’, *RM Themis* 1927, p. 233 e.v. Een mooie bespreking van de gemene rechtsleer geeft D.A. Lubach, *Beleids-overeenkomsten* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982, p. 74 e.v. Zie ook R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 503 e.v.

2 Scholten 1974, p. 31, 32.

Scholten maakt wel een principiële scheiding tussen het *staatsrecht* en het ‘overige zogenaamd publiekrecht’. Het staatsrecht is zijns inziens van wezenlijk andere aard dan het overige recht, omdat het betrekking heeft op de organisatie van de gemeenschap zelf.<sup>3</sup> Wanneer we het staatsrecht terzijde laten, dan blijkt dat het overige publiekrecht – wij spreken nu van bestuursrecht<sup>4</sup> – in zijn ogen niet van wezenlijk andere aard is dan het privaatrecht. Hij maakt geen principiële onderscheiding tussen bestuursrecht en privaatrecht. Dit laatste is van groot belang. Omdat deze twee rechtsgebieden niet van wezenlijk andere aard worden geacht, kan het bovengegeven uitgangspunt van de gemene rechtsleer gelden: als er geen bestuursrecht is, kan het privaatrecht – juist omdat het niet wezenlijk anders is – als vangnet fungeren, vooral voor al die terreinen waar de overheid niet over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt.

Het is handig om de gemene rechtsleer schematisch af te beelden. Daardoor kunnen we hem zo meteen gemakkelijker onderscheiden van de andere rechtsleren. De gemene rechtsleer is als volgt te schetsen:



Gemeene rechtsleer

Hoewel er over de geldigheid van de gemene rechtsleer tegenwoordig verschillend wordt gedacht, werkt deze leer tot op de dag van vandaag door tot in verschillende onderdelen in ons recht.<sup>5</sup> Zo past de burgerlijke rechter artikel 6:162 BW in beginsel toe op de onrechtmatige overheidsdaad tenzij er ter zake bijzondere (publiekrechtelijke) wettelijke voorschriften gelden. Dat is het geval, omdat er geen specifieke wettelijke regeling is voor de onrechtmatige overheidsdaad. Iets soortgelijks geldt voor de overheidsovereenkomst: op de totstandkoming, vorm en inhoud zijn in beginsel de algemene vermogensrechtelijke regels voor obligatoire overeenkomsten van het BW van toepassing (o.a. art. 6:213 e.v. BW). Ook dit is slechts anders indien en voor zover er bijzondere publiekrechtelijke regels

gelden, zoals de Wet Gemeenschappelijke Regelingen voor overeenkomsten tussen overheden onderling.

Waarschijnlijk lijken deze voorbeelden – ongeacht of het nu gaat om de onrechtmatige overheidsdaad, overheidsovereenkomsten of heel andere voorbeelden – tamelijk vanzelfsprekend. Veel Nederlandse juristen denken, bewust of onbewust, volgens de benadering van de gemene rechtsleer, ook als ze de uitdrukking ‘gemene rechtsleer’ niet scherp op het netvlies hebben. Toch is het goed te beseffen dat de gemene rechtsleer iets minder vanzelfsprekend is dan hij lijkt. Dat blijkt door te kijken naar rechtspraak uit andere tijden of andere landen, waar de gemene rechtsleer *niet* gold of geldt. Zo zijn er in ons land klassieke arresten uit het eind van de 19e eeuw waarin het BW (art. 1401 BW (oud), de voorloper van art. 6:162 BW) niet op het overheidshandelen van toepassing werd geacht.<sup>6</sup> In Frankrijk geldt de gemene rechtsleer evenmin. Een beroemd en nog steeds geldend Frans arrest is het klassieke arrest over het meisje Blanco dat werd aangereden door een karretje van het staatstabaksbedrijf. Omdat het ongeluk was veroorzaakt in het kader van de *service public* (publieke dienst), was de *Code Civil* niet van toepassing en kon zij geen actie bij de burgerlijke rechter instellen.<sup>7</sup>

## Het is goed te beseffen dat de gemene rechtsleer iets minder vanzelfsprekend is dan hij lijkt

Al met al zijn twee zaken essentieel voor de gemene rechtsleer. Bestuursrecht is niet van wezenlijk andere aard dan het privaatrecht. Ondanks het niet wezenlijke verschil is het privaatrecht het *algemene* recht en het bestuursrecht het *bijzondere* recht; dat maakt dat het privaatrecht kan inspringen als er geen bestuursrechtelijke regels gelden.

### 2.2 Gemengde rechtsleer

De gemene rechtsleer zegt veel over de toepasselijkheid van *privaatrechtelijke* regels in rechtsverhoudingen met de overheid, maar vrij weinig over de toepasselijkheid van *publiekrechtelijke* rechtsnormen. Daarvoor moeten we bij de gemengde rechtsleer zijn. Volgens de gemengde rechtsleer kunnen in één rechtsverhouding zowel normen van publiekrechtelijke als privaatrechtelijke herkomst van toepassing zijn. Daarbij mag niet onvermeld blijven – zeker gezien het bijzon-

3 Scholten 1974, p. 28, 31.

4 Het strafrecht is in zijn ogen geen gewoon publiekrecht, Scholten 1974, p. 31.

5 Volgens onder meer N. Koeman, P. Scholten: Algemeen Deel in de Asser-serie', *NTB* 2007-2, p. 68, 69, ook opgenomen in: H. Peters, *Oude Meesters*, Deventer: Kluwer 2009, p. 47 e.v., biedt de gemene rechtsleer nog steeds een weergave van het geldende recht. Zie echter paragraaf 3, waarin verschillende alternatieve opvattingen aan de orde komen.

6 HR 29 mei 1896, W 6817 (*Vrouw Elske*) en HR 21 april 1898, W 7116 (*Rhedense Koe*). Waarover uit velen: J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Wil-link 1989, p. 143, 144.

7 Tribunal des Conflits 8 februari 1873 (Blanco), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, no. 1.

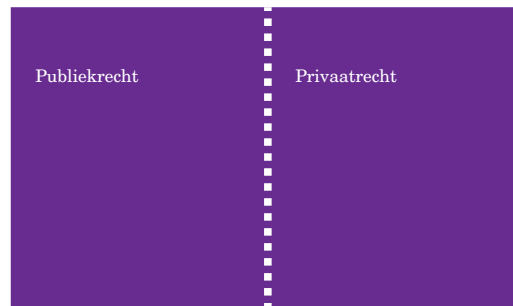
der nummer dat dit tijdschrift daaraan in het verleden heeft gewijd<sup>8</sup> – dat er zo beschouwd sprake is van een *osmose* tussen publiek- en privaatrecht.

Tot op zekere hoogte werd overigens ook in de gemene rechtsleer al uitgegaan van een bepaalde menging. Sedert 1924 aanvaardt de rechter dat de overheid een onrechtmatige daad in de zin van het BW kan begaan door in strijd te handelen met *geschreven* publiekrechtelijke voorschriften.<sup>9</sup> Aan het ongeschreven publiekrecht toetste de rechter echter lange tijd niet of slechts marginaal. Hierin is sinds de jaren 1986/1987 verandering gekomen toen de Hoge Raad de uitvoering van een gemeentelijke erfpachtovereenkomst rechtstreeks toetste aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>10</sup> Vandaar dat deze jaren doorgaans worden aangemerkt als het begin van de volledige gelding van de gemengde rechtsleer.<sup>11</sup> Vrij snel daarna werd er ook in andere privaatrechtelijke overheidsverhoudingen rechtstreeks aan andere geschreven en *ongeschreven* normen van publiekrechtelijke herkomst getoetst, met inbegrip van de grondrechten.<sup>12</sup> Dit betekent dat de overheid – ook voor haar gehele privaatrechtelijke optreden – in beginsel gebonden is aan de normen van publiekrechtelijke herkomst.<sup>13</sup> Zo worden bijvoorbeeld met behulp van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten thans algemene privaatrechtelijke open normen, zoals de redelijkheid en de billijkheid, nader geconcretiseerd.<sup>14</sup> Dat laatste is kenmerkend voor de gemengde rechtsleer.

## Volgens de gemengde rechtsleer kunnen in één rechtsverhouding zowel normen van publiekrechtelijke als privaatrechtelijke herkomst van toepassing zijn

De gedachtegang van de gemengde rechtsleer is ook door de wetgever op verschillende plaatsen tot uitdrukking gebracht, men zie in het bijzonder artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb. De gemengde rechtsleer is weer te geven zoals in het plaatje op deze pagina.

De gemengde rechtsleer heeft, hoe kan het ook anders, eveneens aandacht gekregen in de doctrine. Hoewel hij zelf de uitdrukking ‘gemengde rechtsleer’ nog niet gebruikte,<sup>15</sup> geldt Van der Hoeven als de grondlegger van deze leer. In zijn baanbrekende artikel ‘De magi-



Gemengde rechtsleer

sche lijn’ betoogde hij dat er eigenlijk geen goede principiële redenen meer zijn om een wezenlijk onderscheid te maken tussen publiek- en privaatrecht.<sup>16</sup> Ook het idee dat het privaatrecht het (al)gemene recht is en het bestuursrecht het uitzonderingsrecht, wordt door hem bestreden.<sup>17</sup> In plaats van een indeling van het recht in publiek- en privaatrecht in klassieke zin acht hij, voor de vraag naar het in een bepaalde rechtsverhouding toepasselijke recht en de toepasselijke rechtsfiguren, bepalend of er sprake is van de vervulling van een publieke taak. Van der Hoeven betoogt:

‘dat de omstandigheid dat een handeling deel uitmaakt van publieke taakvervulling gevolgen heeft voor de inhoud van het recht waardoor die handeling wordt geregeerd – onverschillig of dat privaatrecht of publiekrecht in de klassieke zin des woords is. (...) Het brengt wél mee, dat privaatrecht, op dergelijke verhoudingen toegepast, daarvan de invloed ondergaat (“publiekrechtelijke” elementen gaat opnemen). En: dat publiekrecht soms het omgekeerde verschijnsel laat zien (nl. “privaatrechtelijke” trekken gaat vertonen).’<sup>18</sup>

Overigens heeft Van der Hoeven niet volledig zijn zin gekregen. De consequentie van Van der Hoevens betoog is niet alleen dat het toepasselijke recht gemengd van aard wordt wanneer de overheid langs privaatrechtelijke weg een publieke taak vervult, maar ook dat het recht dit gemengde karakter krijgt als *anderen* dan de overheid een publieke taak vervullen. Dit laatste is naar geldend recht niet het geval. Kort gezegd: op private instellingen die een publieke taak vervullen (denk aan woningcorporaties, bijzondere onderwijsinstellingen, instellingen van gezondheidszorg of geprivatiseerde instellingen) zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing.<sup>19</sup>

Al met al bouwt de gemengde rechtsleer voort op het fundament van de gemene rechtsleer. Hoewel de gemengde rechtsleer in de doctrine is voorzien van een eigen etiket, is hier geen sprake van een grote breuk met het verleden. De gemengde rechtsleer geeft een uitbreiding aan de gemene rechtsleer, zonder de gemene rechtsleer zelf teniet

- 8 E. Huisman e.a. (red.), *Osmose tussen publiek- en privaatrecht*, bijzonder nummer AA 1987-5, p. 273-372.
- 9 HR 20 november 1924, *NJ* 1925, 89; *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 24 e.v. (*Ostermann*).
- 10 HR 27 maart 1987 *AB* 1987, 273; *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 13, p. 193 e.v. (*Amsterdam/Ikon*).
- 11 D.A. Lubach, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (preadvies VAR), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14, achtte een jaar vóór het klassieke arrest *Amsterdam/Ikon* de ontwikkeling van de gemene rechtsleer naar de gemengde rechtsleer ‘vrijwel voltooid’.
- 12 Zie voor dit laatste in het bijzonder: HR 26 april 1996, *AB* 1996, 327 (*Rasti Rostelli*).
- 13 Dit betekent overigens niet dat de (formele) algemene beginselen van bestuur zonder meer doorslaggevend zijn. Vgl. HR 9 april 1999, *AB* 2000, 36 m.nt. ThGD (*Coevorden/Gasfabriek*).
- 14 Heel helder is bijvoorbeeld ook HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 m.nt. ARB (*Apeldoorn/Duisterhof*).
- 15 Zie voor deze uitdrukking vooral Lubach 1986, p. 13.
- 16 J. van der Hoeven, ‘De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht’, in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd Jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 218.
- 17 Van der Hoeven 1970, p. 203.
- 18 Van der Hoeven 1970, p. 218.
- 19 Vgl. HR 12 januari 1990, *AB* 1991, 430 m.nt. F.J. van Ommeren (*Staat/Appels*) en HR 4 april 2003, *AB* 2003, 365 m.nt. FvO (*RZG/Comformed*).

te doen. In beide rechtsleren wordt ervan uitgegaan dat bestuursrecht en privaatrecht niet wezenlijk verschillend van aard zijn. Er wordt geen principiële scheiding gemaakt. In de gemengde rechtsleer wordt benadrukt dat juist *daardoor* het goed mogelijk is dat het in een bepaalde rechtsverhouding toepasselijke recht van gemengde aard is en derhalve zowel van privaatrechtelijke als publiekrechtelijke herkomst is.

## De gemengde rechtsleer geeft een uitbreiding aan de gemene rechtsleer, zonder de gemene rechtsleer zelf teniet te doen

De overgang van de traditionele naar de nieuwe visies verloopt tamelijk geleidelijk. De gemengde rechtsleer heeft in de doctrine ook de ruimte gecreëerd voor de gedachte dat een aantal rechtsbeginselen en traditionele rechtsfiguren, zoals de onrechtmatige daad en de overeenkomst, niet zozeer typisch privaatrechtelijk van aard zijn, maar een *algemeen* karakter hebben, dat analytisch aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voorafgaat.<sup>20</sup> In een plaatje zou dat er als volgt uit komen te zien:



In het positieve recht leidde dit inzicht echter niet meteen tot duidelijke gevolgen, daarvan zou pas later blijken. Het is een gedachtegang die met veel nadruk is blijven doorklinken in de nieuwe visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, die aan de orde komen in paragraaf 3.

### 2.3 Twee-wegenleer

De gemene en de gemengde rechtsleer hebben, zoals we hiervoor zagen, beide primair betrekking op de vraag welk recht in een rechtsverhoudingen met de overheid van toepassing is. Met deze vraag hangt nauw samen de vraag in hoeverre de overheid voor het uitoefenen van haar taken – naast of in plaats

van publiekrechtelijke bevoegdheden – over *privaatrechtelijke bevoegdheden of middelen* beschikt. Dat is een vraag die door de zogeheten twee-wegenleer wordt beantwoord.

De twee-wegenleer zegt dat voor zover de publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, de overheid de privaatrechtelijke weg mag bewandelen, tenzij de publiekrechtelijke regeling daardoor op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.<sup>21</sup> Bovendien mag de overheid met het volgen van de privaatrechtelijke weg geen misbruik van haar bevoegdheid maken (vgl. art. 3:13 BW).<sup>22</sup> Noch mag het privaatrechtelijke optreden in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of andere (ongeschreven) normen van publiekrechtelijke herkomst.

## De twee-wegenleer zegt dat voor zover de publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, de overheid de privaatrechtelijke weg mag bewandelen, tenzij de publiekrechtelijke regeling daardoor op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist

Het is, om de verhouding tussen publiek- en privaatrecht zo scherp mogelijk in het vizier te krijgen, vooral van belang om het *uitgangspunt* van de twee-wegenleer goed in het oog te houden. Het uitgangspunt van de twee-wegenleer is dat het privaatrechtelijk overheidshandelen *in beginsel* is toegestaan, *tenzij*, kort gezegd, er rechtens een belemmering is. Dit is een heel ander uitgangspunt dan voor publiekrechtelijk handelen geldt. Voor het publiekrechtelijke handelen geldt dat de overheid in beginsel eerst bij of krachtens de wet de bevoegdheid moet hebben gekregen om op te treden. Dit publiekrechtelijke uitgangspunt is gestoeld op het legaliteitsbeginsel, dat uitsluitend in het publiekrecht van toepassing is. De uitgangspunten voor de geoorloofde van publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen staan dus diametraal tegenover elkaar.

Het is dankzij de gemene en de gemengde rechtsleer dat het uitgangspunt van de twee-wegenleer kan gelden. Het uitgangspunt van de twee-wegenleer (ja, tenzij...) kan er immers zijn, *omdat* de gemene rechtsleer geldt (die immers zegt dat het privaatrecht van toepassing is, tenzij...). Met andere woorden: de twee-wegenleer wortelt in de gemene en gemengde rechtsleer.

<sup>20</sup> Zie in algemene zin met name A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 5372-5375 (1977) en A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 6074 (1992), p. 950 e.v. Met name Lubach 1982, p. 273 heeft al vroeg betoogd dat in het bijzonder de figuur van de overeenkomst aldus moet worden beschouwd.

<sup>21</sup> HR 26 januari 1990, *AB* 1990, 408; *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 15, p. 215 e.v. (*Windmill*).

<sup>22</sup> Zie vrij recent: HR 5 juni 2009, *AB* 2009, 327 m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam / Geschiere*).

### 3 Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht

#### 3.1 *Introductie op andere visies*

Er heeft zich de laatste tien á vijftien jaar een aantal ontwikkelingen voorgedaan, waardoor meer en meer afstand van de gemene en gemengde rechtsleer wordt genomen. Die ontwikkelingen, die hierna aan de orde zullen komen, zijn nog niet helemaal uitgekristalliseerd. Daardoor bestaat er in de doctrine minder overeenstemming over hoe die nieuwe ontwikkelingen moeten worden aangeduid en gewaardeerd. Wel is het voor een goed begrip van belang om hier vooraf reeds te zeggen dat die nieuwe opvattingen als gemeenschappelijk wezenskenmerk hebben dat er een *principieel onderscheid* moet worden gemaakt tussen bestuursrecht en privaatrecht. De premisse van de gemene en de gemengde rechtsleer dat privaatrecht en publiekrecht niet van wezenlijk verschillende aard zijn, vormt in geen van de nieuwe benaderingen nog het uitgangspunt.

**De premisse van de gemene en de gemengde rechtsleer dat privaatrecht en publiekrecht niet van wezenlijk verschillende aard zijn, vormt in geen van de nieuwe benaderingen nog het uitgangspunt**

#### 3.2 *Gemeenschappelijke rechtsleer*

##### *De Awb-wetgever*

Een andere benadering van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht dan die van de gemene en gemengde rechtsleer vinden we bij de Awb-wetgever. Directe aanleiding om zich over deze verhouding uit te laten, vormde de invoering van een titel over bestuursrechtelijke geldschulden in de Awb. Met de invoering van deze Awb-regeling rees de vraag naar de verhouding met de BW-voorschriften die (eveneens) op geldschulden betrekking hebben. In de Memorie van Toelichting is daarover in het bijzonder het volgende opgemerkt:

'In de eerste plaats geldt dat de regels in het BW primair zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen. Dit brengt met zich dat deze regels niet zonder meer van toepassing zijn op het terrein van het bestuursrecht. In de tweede plaats dient als leidraad dat ondanks dit onderscheid nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht moet worden vermeden.'<sup>23</sup>

De eerste twee zinnen brengen meteen het fundamentele verschil met de benadering van de gemene en gemengde rechtsleer tot uitdrukking. In de eerste plaats is hier het uitgangspunt dat de regels van het BW en de regels van het bestuursrecht ieder een eigen aard hebben. Anders dan in de gemene rechtsleer wordt dit verschil niet gerelativeerd, maar juist tot uitgangspunt genomen: deze regels gelden volgens de Awb-wetgever primair elk voor het eigen rechtsgebied. Dat is een heel verschil met de kern van de gemengde rechtsleer, waarin de zin van een onderscheid van het recht in twee grote gebieden sterk wordt betwijfeld en juist de menging – het van toepassing zijn op een ander rechtsgebied dan waarvoor oorspronkelijk geschreven – wordt benadrukt.

**Het uitgangspunt is dat de regels van het BW en de regels van het bestuursrecht ieder een eigen aard hebben. Anders dan in de gemene rechtsleer wordt dit verschil niet gerelativeerd, maar juist tot uitgangspunt genomen**

Dat het in het bovengegeven citaat om niet meer dan een fundamenteel uitgangspunt gaat, waarop uitzonderingen mogelijk zijn, blijkt uit de woorden 'primair' en 'zonder meer'. Het door de Awb-wetgever gekozen uitgangspunt neemt niet weg dat in bepaalde gevallen regels in het ene rechtsgebied van overeenkomstige toepassing kunnen zijn in het andere rechtsgebied.<sup>24</sup> De schakelbepalingen die in het BW en de Awb zijn opgenomen bieden daarvoor een uitdrukkelijke grondslag.<sup>25</sup>

Ook de in het citaat als tweede geformuleerde leidraad – dat nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht moeten worden voorkomen – verdient nadere aandacht. Het uitgangspunt dat de twee grote rechtsgebieden van wezenlijk verschillende aard zijn, neemt niet weg dat er desondanks wel de nodige gemeenschappelijke regels gelden. In de Memorie van Toelichting wordt benadrukt dat bevorderd moet worden dat voor beide rechtsgebieden zoveel mogelijk *gemeenschappelijke* regels gelden.<sup>26</sup> Bij die gemeenschappelijke regels valt vooral aan gemeenschappelijke uitgangspunten, gemeenschappelijke rechtsfiguren en begrippen,

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 15, 16.

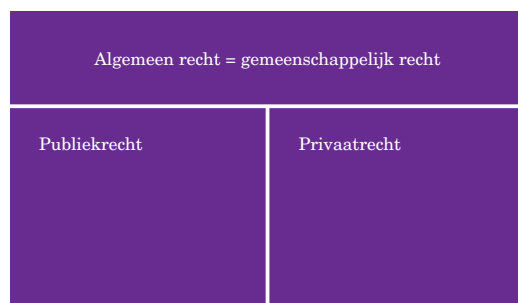
<sup>25</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 16.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 16.



algemene rechtsbeginselen en (zeer) algemene rechtsregels te denken.

De benadering van de Awb-wetgever is als volgt te schematiseren:



Gemeenschappelijk recht

*De bestuursrechter: algemene rechtsbeginselen*  
De nieuwe benadering van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht treffen we voorts uitdrukkelijk aan in de jurisprudentie van de bestuursrechter. Het betreft met name de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin zij bepaalde bestuurshandelingen – ofschoon ze geen wettelijke grondslag hebben – als publiekrechtelijk aanmerkt. Deze jurisprudentiële koers is gestart in de jaren 1996/1997. Zij heeft in het bijzonder betrekking op schadebesluiten en terugvorderingsbesluiten. Het gaat om bestuurshandelingen die in het verleden, dus vóór de opkomst van deze jurisprudentiële lijn, als privaatrechtelijk werden beschouwd.

## De nieuwe benadering van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht treffen we voorts uitdrukkelijk aan in de jurisprudentie van de bestuursrechter

Die nieuwe aanpak werkt als volgt. Besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb zijn doorgaans gebaseerd op een specifieke wettelijke grondslag die de bevoegdheid om op te treden uitdrukkelijk aan het bestuursorgaan toekent, maar dat hoeft niet per se. In plaats van een wettelijke grondslag accepteert de Afdeling dat dergelijke besluiten op een publiekrechtelijk *rechtsbeginsel* zijn gebaseerd. De benadering die de Afdeling hanteert, is dat zij *algemene* rechtsbeginselen traceert – dat wil zeggen: rechtsbeginselen die zowel in het publiekrecht als in het privaatrecht gelden – en vervolgens vaststelt in hoeverre die beginselen *publiekrechtelijk* van aard zijn.

In de bekende Van Vlodrop-uitspraak overweegt zij over de bevoegdheid van een bestuursorgaan tot het nemen van een beslissing op een verzoek om vergoeding van schade die veroorzaakt zou zijn door de onrechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, dat de bevoegdheid van het bestuursorgaan om op dat verzoek te beslissen berust:

‘op het – in art. 6:162 van het BW en in art. 8:73 van de Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden.’

Dit is een algemeen rechtsbeginsel dat zowel in het publiekrecht als het privaatrecht van toepassing kan zijn. De Afdeling moet daarom nog aangeven wanneer dit beginsel publiekrechtelijk is:

‘Dit rechtsbeginsel is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.’<sup>27</sup>

De Afdeling stelt, kort gezegd, dus twee voorwaarden aan een dergelijke bestuurshandeling als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb aan te merken: er moet sprake zijn van een publiekrechtelijk rechtsbeginsel én van een publiekrechtelijke rechtsverhouding.<sup>28</sup>

Tot vóór deze jurisprudentie had de bestuursrechter de reacties van het bestuur op een verzoek om schadevergoeding niet aangemerkt als een zelfstandig besluit maar als een privaatrechtelijke reactie, tenzij de beslissing op het verzoek om schadevergoeding een wettelijke grondslag had of door algemeen bekendgemaakte beleidsregels was gereguleerd. Die – oude – aanpak past bij de gemene rechtsleer: het privaatrecht springt in, tenzij het publiekrecht eigen voorschriften geeft. Met de nieuwe koers is de gemene rechtsleer verlaten.

De nieuwe aanpak ziet er in een eenvoudig schemaatje als volgt uit:

Het algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden.

Publiekrechtelijke rechtsverhouding (art. 8:73 Awb)

Privaatrechtelijke rechtsverhouding (art. 6:162 BW)

Rechtsbeginsel van de onrechtmatige daad

<sup>27</sup> ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).

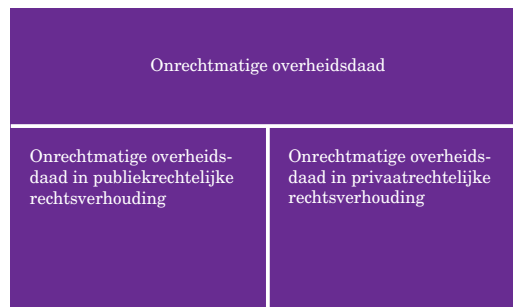
<sup>28</sup> Een aspect dat hier terzijde kan blijven is dat het schadebesluit uitsluitend vatbaar is voor bezwaar en beroep indien het schadeveroorzakende besluit eveneens vatbaar is voor bezwaar en beroep (de zogeheten eis van formele connexiteit).

Het onrechtmatige daadbeginsel is bepaald niet het enige rechtsbeginsel waarop de Afdeling een Awb-besluit baseert. Dezelfde benadering hanteert zij ook ten aanzien van de onverschuldigde betaling<sup>29</sup> en de ongerechtvaardigde verrijking.<sup>30</sup> Deze privaatrechtelijke bronnen van verbintenissen worden beschouwd als algemeenrechtelijke rechtsbeginselen die zowel het privaatrecht als het publiekrecht overspannen. Deze benadering laat zich ook goed denken voor andere algemene rechtsbeginselen. Het vertrouwensbeginsel bijvoorbeeld is daarvoor een goede kandidaat. Dit beginsel is mijns inziens bij uitstek een algemeen rechtsbeginsel dat het bestuursrecht en het privaatrecht overkoepelt en waar nodig in beide rechtsgebieden een verschillende uitwerking krijgt.<sup>31</sup>

## De nieuwe benadering is niet alleen geschikt om toe te passen op algemene rechtsbeginselen maar ook op algemene rechtsfiguren

### Algemene rechtsfiguren

Deze nieuwe benadering is niet alleen geschikt om toe te passen op algemene rechtsbeginselen maar ook op algemene rechtsfiguren. Wanneer we zeggen dat het onrechtmatige daadbeginsel een algemeen rechtsbeginsel is dat afhankelijk van de context zowel in het publiekrecht als het privaatrecht een eigen uitwerking kan krijgen, dan kunnen we dat uiteraard eveneens zeggen van de figuur van de *onrechtmatige daad*. Zij is, zo beschouwd, een *algemene* rechtsfiguur die, afhankelijk van de rechtsverhouding waarin zij zich voordoet een publiek- of privaatrechtelijk karakter heeft. De onrechtmatige overheidsdaad doet zich met name voor in een publiekrechtelijke rechtsverhouding indien de onrechtmatige handeling, de schadeorzaak, een publiekrechtelijk karakter heeft. Dit is het geval indien de onrechtmatigheid wordt veroorzaakt door een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Te denken valt bijvoorbeeld aan een onrechtmatig verleende of ingetrokken vergunning of een onrechtmatig algemeen verbindend voorschrift. Daarnaast kan de overheid ook in een privaatrechtelijke verhouding een onrechtmatige daad begaan. In een plaatje ziet dat er als volgt uit:



Rechtsfiguur: onrechtmatige overheidsdaad

De *overheidsvereenkomst* kan op een soortgelijke manier worden beschouwd. De figuur van de overeenkomst is in de benadering van deze rechtsleer een algemene rechtsfiguur die afhankelijk van de rechtsverhouding een publiek- of privaatrechtelijke uitwerking kan krijgen. Een overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid (bijvoorbeeld over het al dan niet verlenen van een bepaalde vergunning of het wijzigen van een bestemmingsplan) – kort gezegd: een bevoegdhedenovereenkomst – is publiekrechtelijk van aard en schept een publiekrechtelijke rechtsverhouding.<sup>32</sup> Overheidsvereenkomsten die een vermogensrecht tot object hebben zijn echter privaatrechtelijk van aard. In een plaatje:



Rechtsfiguur: overheidsvereenkomst

Ter voorkoming van misverstanden: de etiketten ‘publiekrechtelijk’ en ‘privaatrechtelijk’ zeggen niet welke rechter bevoegd is. In nogal wat publiekrechtelijke rechtsverhoudingen is de burgerlijke rechter bevoegd, omdat het geschil geen betrekking heeft op een Awb-besluit dat vatbaar is voor beroep op de bestuursrechter.<sup>33</sup>

### De doctrine

Evenals de gemene en de gemengde rechtsleer vindt ook deze nieuwe benadering mede een basis in de literatuur. De hiervoor geciteerde uitgangspunten van de Awb-wetgever zijn met name door Scheltema & Scheltema tot uitgangspunt van hun omvangrijke beschouwingen over de wisselwerking tussen publiek-

29 ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 m.nt. NV (Nanne).

30 ABRvS 26 augustus 1997, AB 1997, 461 m.nt. NV.

31 Dat ook de Hoge Raad uitgaat van een verschillende betekenis van het vertrouwensbeginsel in publiek- en privaatrecht valt af te leiden uit: HR 8 juli 2011, AB 2011, 298 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (*Etam c.s./Zoetermeer*).

32 In de bestuursrechtelijke literatuur wordt de bevoegdhedenovereenkomst als publiekrechtelijk aangemerkt, zie o.a. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 865 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 241.

33 Dan wel – i.h.b. bij schadevergoeding vanwege een onrechtmatige overheidsdaad (HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB; AB *Klassiek* 2009, nr. 33 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Groningen/Raatgever*)) – omdat de burgerlijke rechter een uitzondering maakt op de leer van de formele rechtskracht van besluiten.

en privaatrecht gekozen.<sup>34</sup> Zij staan daarin niet alleen. Publiekrecht en privaatrecht zijn te beschouwen als zelfstandige te onderscheiden rechtsgebieden. Zij kunnen in een verschillende context verschillende functies vervullen. Dat neemt evenwel niet weg dat het van belang is voor de coherentie van de rechtsorde zoveel mogelijk naar gemeenschappelijke principes en uitgangspunten te zoeken.<sup>35</sup>

Scheltema & Scheltema verbinden aan hun benadering de nodige consequenties voor het op een rechtsverhouding van toepassing zijnde recht. Wanneer de overheid publiekrechtelijk optreedt, wordt dat handelen beheerst door regels van het publiekrecht en is het privaatrecht er in beginsel niet op van toepassing, al sluit dat niet uit dat de regels van het privaatrecht onder omstandigheden naar analogie vrijelijk kunnen worden toegepast. Zij achten bijvoorbeeld met betrekking tot de aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten – in ieder geval aangaande de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid – de regels van artikel 6:162 BW niet van toepassing.<sup>36</sup> Dit geeft de rechter de ruimte om hier een eigen invulling te geven aan de aansprakelijkheidseisen, niet alleen aan de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid, maar ook aan de causaliteit en de relativiteit. Voor de privaatrechtelijke onrechtmatige overheidsdaad daarentegen geldt dit uiteraard niet.

Iets soortgelijks geldt in hun ogen voor het recht dat van toepassing is op publiekrechtelijke overeenkomsten, zoals de bevoegdhedenovereenkomst. Die wordt geheel beheerst door regels van publiekrecht; ook daarop achten zij het BW niet rechtstreeks van toepassing, een analoge toepassing van regels uit het BW is daarmee echter niet geheel uitgesloten.<sup>37</sup> De twee-wegenleer, met zijn doorkruisingsformule, achten zij op bevoegdhedenovereenkomsten evenmin van toepassing.<sup>38</sup> Op privaatrechtelijke overheids-overeenkomsten daarentegen is het privaatrecht, met inbegrip van de criteria van de twee-wegenleer, uiteraard wel rechtstreeks van toepassing.

Het is van belang hierbij in het oog te houden dat de *burgerlijke rechter*, hoewel er wel sporen van deze nieuwe benadering in zijn rechtspraak zijn te herkennen, (deze consequenties van) deze benadering nog niet duidelijk heeft omarmd.<sup>39</sup> Die onduidelijkheid wordt mede veroorzaakt doordat niet steeds uitdrukkelijk blijkt wanneer deze rechter de regels van het BW rechtstreeks dan wel analoog toepast.

Al met al is het grote verschil dat rechtsbeginselen en rechtsfiguren die in de gemene rechtsleer als *typisch privaatrechtelijk* werden opgevat, in de nieuwe benadering als *algemene* rechtsbeginselen en rechtsfiguren worden beschouwd

### Het etiket

Al met al is het grote verschil dat rechtsbeginselen en rechtsfiguren die in de gemene rechtsleer als *typisch privaatrechtelijk* werden opgevat, in de nieuwe benadering als *algemene* rechtsbeginselen en rechtsfiguren worden beschouwd die afhankelijk van de rechtsverhouding waarin ze van toepassing zijn als publiek- of privaatrechtelijk worden aangemerkt. Dit laatste is vooral van belang omdat zij dan binnen de eigen rechtsverhouding een eigen invulling of uitwerking kunnen krijgen; aldus blijkt goed dat publiekrecht en privaatrecht in principe gescheiden werelden zijn met elk hun eigen aard en kenmerken.

Voor deze rechtsleer bestaat nog geen alom geaccepteerde *naam*. Naar aanleiding van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak is hij wel aangeduid als ‘een nieuwe gemene rechtsleer’<sup>40</sup> of de ‘echte gemene rechtsleer’,<sup>41</sup> maar deze uitdrukkingen hebben weinig ingang gevonden.<sup>42</sup> Ik duid deze rechtsleer aan als de ‘gemeenschappelijke rechtsleer’. In de eerste plaats brengt deze term helder een wezenlijk aspect van deze rechtsleer tot uitdrukking: het algemeen deel van het rechtstelsel dat als het ware boven de indeling tussen publiekrecht en privaatrecht staat.<sup>43</sup> In de tweede plaats is het een geschikte aanduiding vanwege de mooie alliteratie met zijn voorgangers: de gemene en de gemengde rechtsleer.

### 3.3 Invullende rechtsleer en tweegrondslagenleer

In reactie op de gemene en de gemengde rechtsleer zijn ook wel verdergaande alternatieven voorgesteld. In de literatuur heeft met name de zogeheten invullende rechtsleer van de Maastrichtse school nogal wat aandacht gekregen. Tak is de naamgever van deze rechtsleer.<sup>44</sup> De invullende rechtsleer stemt in zoverre met de gemeenschappelijke rechtsleer overeen dat een scherpe scheiding

34 M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 4.

35 Zie voor dit laatste met name ook J.H. Nieuwenhuis, ‘Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht’, *NJB* 1998-1, p. 9 e.v. en recent W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later*, Meche-len: Kluwer 2010, p. 524.

36 Scheltema & Scheltema 2008, p. 323. Zoals zij zelf opmerken, is hun standpunt niet ‘geheel onomstreden’.

37 Scheltema & Scheltema 2008, p. 190 e.v. Ook hierover wordt verschillend gedacht.

38 Scheltema & Scheltema 2008, p. 244.

39 Vgl. B.J. Schueler, ‘Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht’, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2004-4, p. 131.

40 Zie de noot van P.J.J. van Buuren onder ABRvS 29 november 1996, *AB* 1997, 66 (*Alpha*).

41 L.J.A. Damen, ‘Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm’, in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 56.

42 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 407 begrijpt deze benadering onder de gemengde rechtsleer.

43 Vgl. ook de titel van het al genoemde boek van Scheltema & Scheltema.

44 A.Q.C. Tak, ‘Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer’, *Recht en Kritiek* 1993-2, p. 174 e.v. en A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997, p. 105 e.v. In de huidige bestuursrechtelijke handboeken wordt deze rechtsleer met name gevolgd door Schlössels & Zijlstra 2010, p. 525.



tussen publiek- en privaatrecht ook hier het fundamentele uitgangspunt is en het ook volgens deze rechtsleer waardevol is te zoeken naar gemeenschappelijke rechtsbeginselen. Maar daarna lopen de wegen hoofdzakelijk uit elkaar. De invullende rechtsleer gaat een stap verder voor zover hij grote bezwaren heeft tegen het feit dat de overheid naar huidig recht in beginsel privaatrechtelijk kan handelen (op grond van de publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid van art. 2:1 BW). Deze rechtsleer bestrijdt principieel dat de overheid aan het BW bevoegdheden kan ontleen om publieke belangen mee te behartigen.<sup>45</sup> De leer noemt zichzelf 'invullend' omdat, wanneer de overheid privaatrechtelijk handelt, volgens deze benadering goed beschouwd eigenlijk sprake is van ongeschreven publiekrecht. Het privaatrecht vult de hiaten in die het geschreven publiekrecht (nog) heeft gelaten. Er is geen sprake van osmose, zoals de gemengde rechtsleer wilde, maar van absorptie. Het BW is geen grondslag maar 'invullingsnorm'. De regels van het BW worden als het ware geabsorbeerd door het publiekrecht bij toepassing op overheidshandelen.<sup>46</sup>

### In de literatuur heeft met name de zogeheten invullende rechtsleer van de Maastrichtse school nogal wat aandacht gekregen

Een in het oog springend kenmerk van de invullende rechtsleer is dat niet alleen aandacht wordt besteed aan de vragen van toepasselijk recht – en daarmee samenhangend aan de verhouding tussen het van toepassing zijnde publiek- en privaatrecht – maar dat ook relatief veel aandacht uitgaat naar *bevoegdheidskwesties*. Het hiervoor besproken uitgangspunt van de twee-wegenleer (de privaatrechtelijke weg is toegestaan, tenzij...) is in de ogen van de aanhangers van deze leer volstrekt verkeerd. Zij achten het zeer problematisch dat door privaatrechtelijk overheids-handelen het legaliteitsbeginsel en daarmee ook het democratiebeginsel kunnen worden omzeild.<sup>47</sup>

Er zijn in de doctrine nog wel enige andere rechtsleren voorgesteld. De ruimte ontbreekt hier om daarop in te gaan.<sup>48</sup> Ik volsta hier met het noemen van de zogeheten *twee grondslagenleer* van De Haan. Ook deze leer strekt verder dan de kwestie van het toepasselijke recht. Vooral de bevoegdheidsaspecten

krijgen in deze benadering veel aandacht. De twee grondslagenleer zou dan ook in de plaats van de huidige twee-wegenleer moeten komen.<sup>49</sup> Dat hoeft niet te verwonderen, want zoals gezegd, wortelt de twee-wegenleer in de gemene en gemengde rechtsleer. Volgens de twee grondslagenleer zou voor de overheid de privaatrechtelijke weg alleen open staan als dit mede uit het geschreven publiekrecht volgt.<sup>50</sup> Duidelijk is dat als deze wens zou worden gerealiseerd, dit om een omvangrijk aanvullend wetgevingsprogramma zou vragen.

Al met al strekken deze rechtsleren verder dan de gemeenschappelijke rechtsleer en beogen zij voor een deel andere en meer specifieke vragen te beantwoorden dan de gemene, gemengde en gemeenschappelijke rechtsleer. Terwijl er voor de gemeenschappelijke rechtsleer, zoals bleek, allerlei aanknopingspunten zijn in het geldende recht, vormen de invullende rechtsleer en de twee grondslagenleer in verdergaande mate doctrinaire desiderata.

### Volgens de twee grondslagenleer zou voor de overheid de privaatrechtelijke weg alleen open staan als dit mede uit het geschreven publiekrecht volgt

#### 4 Verklarende factoren

Waarvoor is er behoefte aan andere visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht dan de klassieke gemene rechtsleer en de gemengde rechtsleer? De problemen waarmee de gemene rechtsleer ons confronteert zijn mijns inziens tweërlei:

- in de eerste plaats maakt hij ten onrechte geen principieel verschil tussen de aard van de toepasselijke privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtsregels;
- in de tweede plaats beschouwt hij ten onrechte het privaatrecht als het algemene recht en maakt hij van het bestuursrecht slechts het bijzondere uitzonderingsrecht.

De vereenzelviging van het gemene recht met het privaatrecht is in de moderne civiele literatuur wel een 'tactische blunder' genoemd.<sup>51</sup>

Die constatering lijkt me volkomen terecht, maar achteraf is het gemakkelijk praten. Aan het begin van de vorige eeuw was er nog bijna geen bestuursrechtelijke wetgeving en was er nog geen aparte bestuursrechter. Het kan haast niet anders dan dat die omstandigheden de opvattingen van Paul Scholten en

45 Zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 520.

46 Tak 1993, p. 189.

47 Tak 1997, p. 105. Vgl. ook N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (preadvies VAR, VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 63 e.v.

48 Zie voor een overzicht Schlössels & Zijlstra 2010 p. 503-526.

49 P. de Haan, 'Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen. Een brug tussen publiek- en privaatrecht', *NTB* 2004, p. 113, 114.

50 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 514, 515.

51 Nieuwenhuis 1998, p. 16.

zijn tijdgenoten zeer hebben bepaald. De gemene rechtsleer paste goed in een systeem waarin een separate bestuursrechter ontbrak. Vóór de invoering van algemene bestuursrechtspraak was de gemene rechtsleer voor de burgerlijke rechter een noodzakelijke voorwaarde om rechtsbescherming tegen overheidshandelen te kunnen bieden. Daarvoor was immers nodig dat in het bijzonder artikel 1401 BW (oud) op al het overheidshandelen kon worden toegepast.

Tegen deze achtergrond zie ik in hoofdzaak twee verklarende factoren voor de huidige behoefte aan andere visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht: in de eerste plaats de sterke opkomst en toenemende betekenis van de bestuursrechtelijke wetgeving en in de tweede plaats de aparte bestuursrechter die er is gekomen. Deze ontwikkelingen hebben samen geleid tot een veel invloedrijkere positie van het bestuursrecht in ons rechtssysteem. Zij hebben eraan bijgedragen dat de gemene en de gemengde rechtsleer geen adequaat zicht meer geven op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Hoewel er veel over valt te zeggen, kan ik over beide factoren hier slechts een korte opmerking maken.

### De sterke opkomst en toenemende betekenis van de bestuursrechtelijke wetgeving en de aparte bestuursrechter die er is gekomen, hebben samen geleid tot een veel invloedrijkere positie van het bestuursrecht in ons rechtssysteem

De grote golf *bestuursrechtelijke wetgeving* dateert van na de Tweede Wereldoorlog. Op dit moment is het zo dat, ruw geschat, ongeveer 80 procent van de Nederlandse wetgeving een bestuursrechtelijk karakter heeft. Bovendien, en dat is minstens zo belangrijk, blijkt tegenwoordig veel scherper dat bestuursrechtelijke wetgeving een wezenlijk ander karakter heeft dan privaatrechtelijke wetgeving. Kenmerkend voor de meeste bestuursrechtelijke wetgeving is dat zij beslisbevoegdheden aan bestuursorganen toekent: de bevoegdheid om eenzijdig verboden of geboden op te leggen, om vergunningen en subsidies te verlenen, om met bestuursrechtelijke sancties te handhaven et cetera. Weliswaar beogen zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke

wetgeving het gedrag van de burger te beïnvloeden, maar bestuursrechtelijke wetgeving doet dat doorgaans op een andere wijze dan de privaatrechtelijke. Terwijl privaatrechtelijke wetgeving behalve veel gedragsregels in betrekkelijk beperkte mate beslissingsregels bevat, bestaat bestuursrechtelijke wetgeving vrijwel steeds uit beslissingsregels.<sup>52</sup> Aan dit fundamentele verschil wordt door de gemene en de gemengde rechtsleer volstrekt voorbij gegaan.

De huidige rol van de *bestuursrechter* en de daarmee gepaard gaande rechterlijke competentieverdeling zijn ook relevant voor het van toepassing zijnde recht. Het is in principe denkbaar dat zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtsregels toepast. De gemengde rechtsleer staat dit uitgangspunt ook voor. In de praktijk gebeurt dit ook. Zo toetst de burgerlijke rechter rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar het is tamelijk uitzonderlijk dat de bestuursrechter de regels van het BW van toepassing acht.<sup>53</sup> Het is in onze rechtspraak echter veeleer zo dat de bestuursrechter de bestuursrechtelijke regels toepast en verder tot ontwikkeling brengt en de burgerlijke rechter de privaatrechtelijke regels. Ik meen dat de sterke opkomst van de bestuursrechter in de tweede helft van de 20e eeuw een grote bijdrage heeft geleverd aan de eigen positie van het bestuursrecht en het inzicht heeft versterkt dat de bestuursrechtelijke regels van wezenlijk andere aard zijn dan de privaatrechtelijke. De groei aan bestuursrechtelijke wetgeving is vergezeld gegaan van een eigen rechter – de bestuursrechter – die in het bijzonder beoordeelt of de overheid overeenkomstig de bestuursrechtelijke regels en beginselen heeft gehandeld. Die eigen rechter vormt dan ook een tweede reden om de traditionele visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht vaarwel te zeggen. Het kan welhaast geen toeval zijn dat het juist de bestuursrechter is die, zelfs voordat de wetgever zover was, uitspraken is gaan doen die goed passen bij de gemeenschappelijke rechtsleer.

### Het is in principe denkbaar dat zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtsregels toepast

52 A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Wilink 1987, p. 72 e.v.

53 Zie echter bijv. CRvB 1 augustus 2000, *JB* 2000, 260 en ABRvS 3 juli 2002, *JB* 2002, 242.

Ten slotte een kort woord over de hiervoor gememoreerde andere visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, de *invul-lende rechtsleer* en de *tweegrondslagenleer*. Voor (de voorstellen voor) deze rechtsleren is er een aanvullende verklaring. Deze leren zijn gegrondvest op het bezwaar dat de twee-wegenleer aan de overheid teveel ruimte zou laten om de privaatrechtelijke weg te kiezen. Deze voorgestelde alternatieven zijn dan ook ontsproten aan de wens om de ruimte voor het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden en middelen door de overheid veel verder in te dammen. Dat is, zoals hiervoor al bleek, een meer specifieke kwestie, die in zoverre losstaat van het voorafgaande dat met het verlaten van de traditionele visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht en de aanvaarding van de gemeenschappelijke rechtsleer nog weinig is gezegd over de mate waarin het de overheid geoorloofd zou zijn de privaatrechtelijke weg te bewandelen.

**Nu is het fundamentele uitgangspunt dat beide gelijkwaardige rechtsgebieden zijn, die ieder hun eigen wezenlijke kenmerken hebben en die ieder in hun eigen context verschillende functies kunnen vervullen. Van een hiërarchie is dus geen sprake**

### 5 Samenvatting en conclusies

Publiekrecht en privaatrecht vormen tezamen met het algemeen deel van het recht onderdeel van een meergelaagde rechtsorde. De hiervoor opgenomen figuren illustreren dat. Het verschil tussen de traditionele en de moderne visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht is dat tegenwoordig tot uitgangspunt wordt genomen dat publiek- en privaatrecht in beginsel van verschillende aard zijn.

Voor de vraag naar de verhouding tussen het bestuursrecht en het privaatrecht is nu het fundamentele uitgangspunt dat beide gelijkwaardige rechtsgebieden zijn, die ieder

hun eigen wezenlijke kenmerken hebben en die ieder in hun eigen context verschillende functies kunnen vervullen.<sup>54</sup> Van een hiërarchie is dus geen sprake. Wel is het van belang publiekrecht en privaatrecht scherp te (blijven) onderscheiden.

Daarenboven kent ons recht een verzameling algemene uitgangspunten, rechtsbeginselen en rechtsfiguren die zich in het gehele recht voordoen, zowel in het publiekrecht als het privaatrecht. Deze algemene rechtsbeginselen en -figuren kunnen waar nodig in het publiekrecht en het privaatrecht een uiteenlopende uitwerking krijgen. Het ligt thans niet meer in de rede die algemene rechtsbeginselen en -figuren als typisch publiekrechtelijk of privaatrechtelijk aan te duiden. Integendeel, die algemene rechtsbeginselen en uitgangspunten *overstijgen* dit onderscheid en heten juist daarom met recht algemeen. Vanwege dit laatste aspect kan dit deel van het recht worden aangeduid als het ‘algemeen deel’ of het ‘gemeenschappelijk deel’ van het recht en is de hedendaagse rechtsleer die dit voorstaat aan te duiden als de ‘gemeenschappelijke rechtsleer’.

De gemeenschappelijke rechtsleer beoogt de gemene en de gemengde rechtsleer te vervangen. De verklaring voor de behoefte aan deze nieuwe visie is te vinden in de sterk toegenomen hoeveelheid wetgeving die van bestuursrechtelijke aard is en die op velerlei terreinen haar invloed doet gelden, alsmede in de rol en functie van de bestuursrechter, die ons rechtstelsel sinds enige decennia heeft gekregen.

In deze bijdrage is de aandacht vooral uitgegaan naar de overgang van de gemene naar de gemeenschappelijke rechtsleer. Beide rechtsleren hebben betrekking op hetzelfde vraagstuk. Kort gezegd, betreft het de vraag naar de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. De twee-wegenleer en ook de invul-lende rechtsleer en de tweegrondslagenleer hebben primair betrekking op een daarmee nauw samenhangende maar meer specifieke kwestie, namelijk de bevoegdheid van de overheid om privaatrechtelijke instrumenten te gebruiken. De laatste twee genoemde rechtsleren vinden hun oorsprong vooral in de gedachte dat de moderne twee-wegenleer de overheid teveel ruimte biedt voor het volgen van de privaatrechtelijke weg.

<sup>54</sup> Vgl. G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiek- en privaatecht in het Engelse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 108-110 en G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, ‘The Public-Private Divide in English and Dutch Law: a Multifunctional and Context-Dependant Divide’, *Cambridge Law Journal* 2012, vol. 71 (1), p. 171 e.v.