

VU Research Portal

P. de Haan, Het moderne bestuursrecht en de verhouding tussen publiek-/privaatrecht (1998)

van Ommeren, FJ

published in

Honderd jaar CJV
2023

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, FJ. (2023). P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding tussen publiek-/privaatrecht* (1998). In J. Gooijer, T. van Kooten, & C. J. Wolswinkel (Eds.), *Honderd jaar CJV: Recensies uit het heden van preadviezen uit het verleden* (pp. 99-108). Uitgeverij Paris.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding tussen publiek-/privaatrecht* (1998)

Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren*

‘Van tweeën één: of je hebt twee ongelijksoortige normencomplexen die náást elkaar op eenzelfde rechtsverhouding worden toegepast, zoals in feite op grote schaal het geval is op functionele rechtsgebieden, waarbij zich alleen een vervlechting van publiek- en privaatrecht voordoet; òf je hebt inderdaad te maken met algemene rechtsbeginselen, doch die behoeven dan nog een concretisering tot resp. privaat- of publiekrechtelijke norm.’¹

1 Inleiding

De Haan was een origineel wetenschapper, die een omvangrijk oeuvre heeft nagelaten. Het hier te bespreken preadvies is een van de laatste publicaties van zijn hand, maar zeker niet de allerlaatste.² Het toont de kracht van een auteur die reeds lang het overzicht over zijn vakgebied heeft bereikt en uitdrukkelijk ook over de grenzen daarvan heen heeft gekeken. Dat maakt het preadvies tot een rijpe, breed opgezette, zeer doorwrochte en diepgaande beschouwing.

De Haan analyseert in dit preadvies de verhouding tussen publiek- en privaatrecht van alle kanten. Het is niet ongebruikelijk de rol van de overheid in het privaatrecht – kortweg het overheidsprivaatrecht – onder te verdelen in (1) het overheidsrechts-personenrecht (betreffende de organisatie van de overheid), (2) het overheidszakenrecht (o.a. betreffende de overheidseigendom), (3) het overheidsverbintenissenrecht (o.a. betreffende de overheidsovereenkomst), en (4) de handhaving daarvan; en in aanvulling daarop (5) separaat aandacht te besteden aan de rechtsbescherming. Dat doet De Haan hier ook. In vogelvlucht neemt De Haan de lezer mee langs al deze deelgebieden. Ondanks de kleine 90 pagina’s die het preadvies telt, is het door de grote reikwijdte in zekere zin beknopt te noemen: in hoog tempo komt de verhouding tussen publiek- en privaatrecht over vrijwel de hele linie aan bod.

Het preadvies begint met het aanduiden van drie ontwikkelingstendensen in het bestuursrecht, te weten de codificatie van het algemene bestuursrecht, de juridificatie van het overheidsbeleid en de emancipatie ten opzichte van het privaatrecht. De betekenis van deze laatste tendens vormt in wezen de hoofdmoot van dit preadvies.

* Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB).

1. P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding tussen publiek-/privaatrecht*, Preadvies CJV, Den Haag: SDU 1998, p. 24. De in de hoofdtekst of hier aangehaalde paginanummers betreffen steeds het besproken preadvies.
2. Op zijn laatste publicatie zal ik hierna nog ingaan. Vlak na dit preadvies verscheen ook zijn: *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, Amsterdam: KNAW 1999.

Vanuit deze drie tendensen werkt De Haan met behulp van de nodige tussenstappen toe naar zijn zogeheten 'tweegrondslagenleer', om vervolgens op basis daarvan de verhouding tussen publiek- en privaatrecht op de genoemde deelgebieden te analyseren. Daarbij gaat het hem niet zozeer om een weergave van het geldende recht. Het preadvies dient er vooral toe zijn eigen toekomstvisie op het bestuursrecht en daarmee op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht te presenteren.

Van belang, zeker ook voor dit preadvies, is dat De Haan te typeren valt als een systeemdenker. Zijn ideeën en voorstellen hangen alle met elkaar samen. Steeds weer hamert hij op het grotere plaatje waarin zij thuishoren.

Voor degenen die zelden of nooit iets van De Haan hebben gelezen, kan het ten slotte geen kwaad te vermelden dat hij over een zeer polemische schrijfstijl beschikt. Hij schuwt de discussie met andere auteurs bepaald niet. Integendeel, hij presenteert zijn eigen ideeën voor een belangrijk deel door zich af te zetten tegen het geldende recht of gangbare opvattingen, om daar zijn eigen visie tegenover te zetten.

2 Prof. mr. Pieter de Haan: leven en denken

Pieter de Haan (1927-2005) werd in 1961 hoogleraar burgerlijk recht en agrarisch recht te Delft en in 1974 hoogleraar algemeen bestuursrecht aan de VU. Vanaf 1978 combineerde hij twee leerstoelen: zijn hoofdtaak lag weer in Delft maar hij bleef verbonden aan de VU, en wel als buitengewoon hoogleraar grondgebruikrecht.³

De Haan was een bevlogen wetenschapper, die vanuit een consequent doorgevoerde eigen invalshoek het bestuursrecht echt iets nieuws wilde brengen. In de eerste plaats introduceerde hij de instrumentele benadering in het bestuursrecht. In 1978 bracht hij, samen met VU-medewerkers Thijs Drupsteen en Roel Fernhout, het handboek *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* uit. Die eerste druk was een uitvoerige bewerking van het collegedictaat van De Haan. Het later uit twee delen bestaande boek wordt alweer jaren voortreffelijk bewerkt door Raymond Schlössels en VU-collega, tevens oud-voorzitter van de CJV, Sjoerd Zijlstra, de laatste jaren met ondersteuning van Roel Schutgens.

Het vernieuwende van dit boek was dat het bestuursrecht primair werd beschouwd als het juridische beleidsinstrumentarium van de overheid. Pas in de tweede plaats werd het bestuursrecht opgevat als het recht ter bescherming van de burger en als waarborg voor goed bestuur, zoals tot dan toe gebruikelijk was. De ondertitel van het boek luidde dan ook 'Instrument en waarborg'. (De kritiek dat aldus de primair normatieve of legitimerende functie van het recht op de achtergrond dreigde te raken, werd door de auteurs uiterst serieus genomen, met als gevolg dat deze functie in latere drukken eveneens werd benadrukt.) De consequentie die de auteurs uit deze instrumentele invalshoek trokken, is dat voor de vormgeving van het be-

3. Zie m.n. Thijs Drupsteen, 'Pieter de Haan 1927-2005', *NJB* 2005, p. 2096-2097 en Michiel Scheltema, 'Pieter de Haan 4 november 1927 – 7 oktober 2005', in: *Levensberichten en herdenkingen 2008*, Amsterdam: KNAW 2008, p. 26-31.

stuursrecht een enorm wetgevingsprogramma nodig is. Dat blijkt ook uit het hier te bespreken preadvies.

In de tweede plaats had De Haan een geheel eigen kijk op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Hij beschouwde die twee niet als min of meer van elkaar losstaande hoofdgebieden van het recht, maar benaderde ze als met elkaar verstrengelde of vervlochten – maar uitdrukkelijk niet: gemengde – rechtsgebieden, die beide deel uitmaken van vele uiteenlopende functionele rechtsgebieden. Door vervlechting gaat de eigen aard van de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke elementen niet verloren, terwijl dat door vermenging wel gebeurt. Bij functionele rechtsgebieden moeten we bijvoorbeeld denken aan grondgebruikrecht, het vakgebied waarin hij zelf gespecialiseerd was, maar daarnaast ook aan het milieurecht, gezondheidsrecht, onderwijsrecht, arbeidsrecht, vreemdelingenrecht, financieel recht en energierecht, om nog maar enkele voorbeelden te geven.⁴ Kenmerkend voor functionele rechtsgebieden is dat zij beogen een beleidsterrein te reguleren dat gericht is op een bepaald maatschappelijk doel en dat zij met het oog daarop zijn samengesteld uit zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke elementen.

De beleidsinstrumentele invalshoek in combinatie met zijn aandacht voor functionele rechtsgebieden resulteerde bij De Haan in een pleidooi om tot een zeer omvangrijke wetgevingsagenda te komen. De Haan bestudeerde en analyseerde het bestuursrecht van onderop (*bottom-up*), dat wil zeggen vanuit (enige) bijzondere deelgebieden en keek eerst van daaruit naar het algemene bestuursrecht. Zijn wetgevingsagenda – die reeds is te vinden in *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* – vormt ook het startpunt voor dit preadvies. Hij denkt daarbij niet alleen aan (vooral bestuursrechtelijke) beleidsmatige wetgeving voor de genoemde deelgebieden zelf, maar ook aan uiteenlopende soorten algemene wetgeving, waarbij uiteraard onder meer te denken valt aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar ook aan allerlei andere soorten algemene wetten, in zijn termen ‘beleidskaderwetten’ en ‘planningskaderwetten’ en algemene wetten die gehele beleidsfacetten of beleidsvelden inkaderen. Met die aandacht voor bijzondere en vooral verschillende soorten algemene wetgeving was De Haan destijds zijn tijd (ver) vooruit. Nog steeds vindt er op allerlei beleidsterreinen van het recht de discussie plaats of, en zo ja, in hoeverre er als het ware tussen de Awb en de specifieke beleidswetgeving plaats is voor een tussenlaag, een meeromvattende wet die een heel beleidsterrein omsluit. Te denken valt thans bijvoorbeeld aan de Omgevingswet of aan het zeer recente pleidooi voor de totstandkoming van een algemene informatiewet.⁵

3 De Haan, Den Uyl en de politiek

What's in the name? De Haan woonde destijds in Den Haag op de Kiplaan. Hij was naast zijn leerstoelen actief op uiteenlopende terreinen. Hij was een van de oprichters en voorzitter van het Instituut voor Bouwrecht en lid van de KNAW. Hij was bovendien actief lid van de ARP, die later opging in het CDA.

4. P. de Haan, ‘Functionele vakken als dwarsdoorsneden van publiek- en privaatrecht, in het bijzonder betreffende onroerend goed’, AA 1987, p. 361 e.v.
5. A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin & G. Mulder, ‘De informatiele zorgplicht voor de overheid’, in: *Zorgplichten in het bestuursrecht*, preadviezen VAR 2023, Den Haag: Bju 2023, p. 109 e.v.

Hoewel voor het publiek zeker geen bekend politicus, moet zijn invloed achter de schermen bepaald niet worden onderschat. Het kabinet-Den Uyl viel in 1977 over de grondpolitiek, het terrein van De Haan. De politieke discussie ging destijds over de vraag of bij onteigening de verkeerswaarde of de (lagere) gebruikswaarde het uitgangspunt moest zijn. De Haan deed verschillende voorstellen die de scherpe kanten van deze uitgangspunten moesten afhalen en die in de politiek gelabeld werden als de 'diepvrieshaan' en de 'gecastreerde haan'. Zij haalden het echter niet. In de woorden van toenmalig vicepremier Van Agt:

'Van der Stee en ik hebben kenbaar gemaakt dat wij omwille van het bereiken van een politiek vergelijk bereid waren genoeg te nemen met een "diepvrieshaan" en ook met een "gecastreerde haan", maar diepvriezen en castrenen tegelijk ging ons te ver.'⁶

Zo souffleerde De Haan de val van het kabinet-Den Uyl. Den Uyl heeft later wel verzucht dat hij niet door had gehad hoezeer De Haan verbonden was met de landbouwwereld: voor hem was professor De Haan een onbekende, vrij onafhankelijke man op de achtergrond. Dat beeld moest hij later dus herzien.⁷

4 De oorsprong van de algemene rechtsbeginselen

De hiervoor genoemde term 'vervlechting' ontleent De Haan aan de vervlechttings- en beginseltheorie van Dooyeweerd, van wiens rechtsfilosofie hij zich een uitdrukkelijk aanhanger betoont. De Haan kan, naar eigen zeggen (p. 26-27), het niet laten in te gaan op de oorsprong van de algemene rechtsbeginselen, waarvoor hij aanknoopt bij het bekende debat tussen wets- en rechtspositivisten en natuurrechtaanhangers. De Haan acht de in de literatuur geopperde gedachte dat het Evangelie als kenbron voor rechtswetenschappelijk grondslagenonderzoek kan worden afgedicht wat al te stoutmoedig. Hij verstaat het Evangelie aldus dat natuur en cultuur in hun ontwikkeling deel uitmaken van de schepping en dat ook de in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginselen daartoe behoren. En wel doordat via een 'rechtscultureel ontsluitingsproces', zoals door Dooyeweerd beschreven en door Van Eikema Hommes verder uitgewerkt, deze beginselen in het kader van het positieve recht tot gelding komen. Dit preadvies moet dan ook mede gelezen worden als De Haans wezenlijke bijdrage aan dit proces van ontsluiting voor het omvangrijke (algemene) grensgebied van publiek- en privaatrecht, met het oog op haar concrete toepassing in de functionele rechtsgebieden. Op de betekenis van die algemene rechtsbeginselen voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht kom ik in de laatste paragraaf van deze bespreking nog even terug.

6. Peter Bootsma & Willem Breedveld, *De verbeelding aan de macht. Het kabinet-Den Uyl 1973-1977*, Den Haag: SDU 1999, p. 212.
7. Jouke de Vries, *Grondpolitiek en kabinetcrisis* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1989, p. 140-141.

5 De tweegrondslagenleer

Het mooie van een brede overzichtspublicatie, aan het eind van iemands rijke wetenschappelijke leven, is dat zij de ruimte biedt om rode draden uit het verleden door te trekken en die draden in een bredere context te plaatsen. Een van die rode draden is de tweegrondslagenleer. De tweegrondslagenleer is De Haans alternatief voor de huidige tweewegenleer.

De tweewegenleer wortelt in de gemene rechtsleer. De gemene rechtsleer beschouwt het privaatrecht als het algemene recht dat altijd geldt behalve als een bestuursrechtelijke regel er een uitzondering op maakt. In deze leer is het bestuursrecht aanvullings- en uitzonderingsrecht en het privaatrecht het algemene systeem van waaruit gedacht wordt. De Haan heeft zich van meet af aan tegen de gemene rechtsleer afgezet. Hij acht die leer zowel voor de eenheid en doelmatigheid van het bestuursrecht als voor de ontwikkeling van de rechtsbescherming van de burger funest.⁸ Zijn kernbezwaar is dat het bestuursrecht als een eigenstandig gelijkwaardig rechtsgebied moet worden opgevat en niet als een uitzondering op het privaatrecht.

Essentieel voor De Haan is dat de afwijzing van de gemene rechtsleer voor hem logisch samenhangt met zijn instrumentele benadering van het bestuursrecht. Wie zoveel nadruk legt op het instrumentele karakter als hij doet, kan haast niet anders dan voor het bestuursrecht de status van uitzonderingsrecht verwerpen. Dit neemt overigens niet weg dat inmiddels ook het (algemene) privaatrecht veel instrumentele trekken is gaan vertonen.

Kenmerkend voor de tweewegenleer is dat deze tot uitgangspunt neemt dat de overheid in *beginsel* gebruik mag maken van de privaatrechtelijke weg *tenzij* er gronden zijn om dat niet geoorloofd te achten. Die beperkingen zijn in de loop van de tijd wel toegenomen. Terwijl vroeger de overheid steeds van de privaatrechtelijke weg gebruik kon maken, tenzij dat evident in strijd met de wet was, wordt sinds het bekende *Windmill*-arrest (1990) de tweewegenleer aldus uitgewerkt dat de privaatrechtelijke weg is toegestaan tenzij deze de betrokken publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist dan wel in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Haan benadrukt terecht dat de tweewegenleer, ongeacht hoe op een bepaald moment de precieze uitwerking eruitziet, een gevolg is van de door hem bestreden gemene rechtsleer. De tweewegenleer behelst immers een *ja-tenzij-systeem*. En dit ja-tenzij-systeem kan er zijn *omdat* de gemene rechtsleer geldt, die zegt dat het privaatrecht van toepassing is, tenzij...

Terug nu naar de tweegrondslagenleer. De tweegrondslagenleer is te begrijpen als De Haans positieve reactie in het debat over de rechtsleren. Waar hij in de jaren zeventig en tachtig vooral kritiek had op de traditionele rechtsopvatting over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – een negatieve reactie – plaatst hij er in 1998 in diverse publicaties een eigen alternatief tegenover.⁹ In de kern is dat

8. Zie reeds het voorwoord van de eerste druk van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (1978).

9. Naast het hier besproken preadvies in het bijzonder ook in P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, Deventer: Kluwer 1998 (4e druk), nr. 26, p. 141.

alternatief vrij eenvoudig. De tweegrondslagenleer vereist voor het privaatrechtelijk overheidsoptreden, zoals het woord al zegt, twee grondslagen. In de eerste plaats dient er een privaatrechtelijke grondslag te zijn; die grondslag is te vinden in het Burgerlijk Wetboek. Waar het hem echter vooral om gaat is dat er bovendien nog een tweede grondslag vereist is voor dit privaatrechtelijk overheidshandelen; die grondslag is te vinden in het publiekrecht, te weten in een publiekrechtelijke regeling die de totstandkoming en inhoud van de privaatrechtelijke weg moet bepalen. De Haan denkt bij die publiekrechtelijke weg vooral aan 'bijzondere beleidskaderwetten waarin de desbetreffende publiekrechtelijke taken en bevoegdheden zijn of worden geregeld' (p. 37). Uiteraard zijn voor de betekenis van die publiekrechtelijke grondslag ook de algemene regels van de Awb relevant. De tweegrondslagenleer maakt het dus wenselijk dat er speciale publiekrechtelijke wettelijke grondslagen zijn en vooral gaan komen — want in de praktijk zijn die er tot nu toe slechts incidenteel.

De tweegrondslagenleer breekt dus met het ja-tenzij-systeem van de tweewegenleer en de gemene rechtsleer. Daar zit het principiële verschil. In plaats daarvan moet er in de ogen van De Haan een tweede 'grondslag' zijn voor dit privaatrechtelijk overheidshandelen die te vinden moet zijn in het publiekrecht. Omdat die publiekrechtelijke grondslagen nu dikwijls ontbreken, zou de realisatie van deze leer een aanzienlijk wetgevingsprogramma met zich brengen. Zijn wens voor al die publiekrechtelijke wetgeving die op privaatrechtelijk overheidshandelen betrekking heeft, komt bepaald niet uit de lucht vallen. De Haan heeft dat pleidooi voor de totstandkoming van algemene en bijzondere wetgeving die op privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn al veel eerder op allerlei plaatsen gehouden. Zijn etiket 'tweegrondslagenleer' mag in 1998 dan wel nieuw zijn, de inhoud ervan bouwt consequent voort op de al veel eerder door hem ontvouwen ideeën.

6 **Het besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling**

De tweegrondslagenleer heeft de nodige consequenties. De belangrijkste is het grote gewicht dat daarin wordt toegekend aan het (publiekrechtelijke) besluit om een privaatrechtelijke rechtshandeling te gaan verrichten. Dit zijn de besluiten die gebaseerd zijn op de (bijzondere) publiekrechtelijke wetgeving die De Haan broodnodig acht voor het gaan verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen door de overheid.¹⁰ Ook deze besluiten moeten zijns inziens volledig aan de Awb onderworpen zijn. Zij vormen de uitwerking, de tweede poot van zijn tweegrondslagenleer.

Het zal tegen deze achtergrond niet verwonderen dat De Haan het belangrijk vindt dat deze besluiten vatbaar zijn voor bezwaar en beroep op de bestuursrechter. Naar geldend recht zijn zij dat echter niet. Artikel 8:3 lid 2 Awb bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke

10. In de literatuur wordt — mijns inziens ten onrechte — ook wel ontkend dat dit soort voorbereidingshandelingen het karakter hebben van besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, zie uitvoering P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 4.4.3, p. 111 e.v.

rechtshandeling. Deze bepaling is De Haan een doorn in het oog. Hij bepleit dan ook deze bepaling uit de Awb te schrappen (p. 70). Dit onderdeel van zijn betoog is zo belangrijk voor hem dat hij er enige jaren later nog een aparte publicatie in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht aan heeft gewijd.¹¹ Dat zou zijn laatste publicatie blijken te zijn.

In die publicatie werkte hij de tweede poot van de tweegrondslagenleer nog wat verder uit door daarvoor de totstandkoming van een aparte algemene regeling in hoofdstuk 4 van de Awb te bepleiten, te weten een titel over 'Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen'. In die titel zouden bepalingen moeten worden opgenomen die een grondslag bieden aan verschillende soorten besluiten die de overheid ter voorbereiding op privaatrechtelijk optreden kan nemen, zoals ten aanzien van overeenkomsten, oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen en eventueel bepaalde eenzijdige privaatrechtelijke rechtshandelingen, met name op grond van publieke eigendom. De Haan verwachtte dat als eenmaal de besluiten tot de belangrijkste privaatrechtelijke overheidshandelingen in die zin geregeld zouden zijn, de beleidsgrondslagen in de bijzondere wetgeving daarbij als het ware logischerwijze aansluiten.¹² Ook hier toont De Haan zich een echte systeembouwer, die denkt vanuit het grotere geheel.

Een belangrijke reden voor het willen schrappen van artikel 8:3 lid 2 Awb is – naast de erkenning van het besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling als een essentiële stap – dat de rechtsbescherming ertegen zal worden verbeterd. De Haan benadrukt dat de burgerlijke rechter nu eenmaal met dit soort besluiten niet goed uit de voeten kan, vanwege het ontbreken van een vernietigingsbevoegdheid en ook vanwege het ontbreken van een speciale beroepsmogelijkheid voor derden-belanghebbenden – hij geeft het bekende voorbeeld van de milieuoorganisatie die geen partij is bij een convenant of akkoord met de overheid.

Aan het verwijderen van artikel 8:3 lid 2 Awb zit echter ook een nadeel. De rechtsmacht met betrekking tot dezelfde rechtsbetrekking zou worden verdeeld over twee soorten rechters: de bestuursrechter neemt dan immers kennis van geschillen over het voorbereidingsbesluit, terwijl de burgerlijke rechter zich over de privaatrechtelijke rechtshandeling zelf dient te buigen. Dat is niet erg aantrekkelijk. De gedachte achter artikel 8:3 lid 2 Awb is nu juist dit te voorkomen. De Haan ziet dit bezwaar uitdrukkelijk onder ogen. Om dit op te lossen en ook met het oog op de rechtseenheid in het algemeen bepleit hij in dit preadvies tevens een reorganisatie van de rechterlijke macht: hij wil alle overheidszaken (verder) concentreren bij speciaal daarvoor ingerichte kamers van de gewone rechterlijke macht, waarbij in zijn ogen ook een rechtseenheidsvoorziening hoort. De Haan is van mening dat die voorziening moet worden gevonden in een verlofstelsel voor cassatie (p. 69).

11. P. de Haan, 'Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen. Een brug tussen publiek- en privaatrecht', *NTB* 2004/16, p. 109 e.v.

12. De Haan 2004, p. 115.

Daarbij mengt hij zich in het langlopende debat over de vraag of cassatierechtspraak wel een geschikt middel is om op het gebied van het ordenende bestuursrecht rechtseenheid te bewerkstelligen. Weliswaar is het de feitenrechter die vaststelt wat het gevoerde beleid is en of in overeenstemming met het gevoerde beleid is beslist, maar, aangezien dit beleid doorgaans is vastgelegd in wettelijke voorschriften of beleidsregels, kan de Hoge Raad met het oog op de rechtseenheid daaraan toetsen, zo merkt De Haan mijns inziens terecht op.

7 Algemene wettelijke regelingen

In het licht van het voorafgaande is het van belang te onderstrepen hoezeer De Haan zich sterk maakt voor de totstandkoming van algemene publiekrechtelijke wettelijke regelingen. Ook dat sluit uiteraard logisch aan bij zijn tweegrondslagenleer, die immers een royale wetgevingsagenda impliceert. Ook hiervoor bouwt De Haan voort op eerder eigen werk.

Allereerst moet de overheidseigendom worden genoemd, het terrein waarop De Haan jarenlang (buitengewoon) hoogleraar is geweest. De Haan pleit voor een algemene wettelijke regeling van de openbare bestemming van onroerende zaken in al haar facetten en dan niet een privaatrechtelijke regeling, maar een publiekrechtelijke. Hij bepleit, geheel conform de tweegrondslagenleer, enerzijds een regeling van de eigendom van openbare zaken in het BW, anderzijds een regeling van de openbare bestemming in de Awb, met uitwerking waar nodig in de bijzondere wetgeving. Wanneer de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke codificaties goed op elkaar aansluiten, bestaat naar zijn mening aan een erkenning van een aparte publiekrechtelijke eigendomsvorm geen behoefte (p. 49).

In de literatuur is dit een zeer bediscussieerd standpunt: zowel over een algemene publiekrechtelijke wettelijke regeling als over het antwoord op de vraag of er wel of niet behoefte is aan een separate publiekrechtelijke eigendomsfiguur, wordt zeer verschillend gedacht.¹³ Het leidt welhaast geen twijfel dat het vrij recente *Didam*-arrest – waarin de overheid wordt verplicht om mededingingsruimte te bieden aan (potentiële) gegadigden voor de verkoop van schaarse onroerende zaken¹⁴ – voor De Haan opnieuw aanleiding zou zijn geweest om voor een wettelijke regeling voor de verkoop van overheidseigendommen te pleiten. Daarvoor valt het nodige te zeggen, nu, afgezien van het geval dat er redelijkerwijs maar één serieuze gegadigde kan zijn, het met name hoogst onduidelijk is of en tot op welke (financiële) hoogte er ruimte is om een uitzondering te maken op de verplichting om mededingingsruimte te bieden.

13. Zie voor de diverse standpunten Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.11.2, p. 568 e.v. Huisman en ik delen de opvatting van De Haan dat er aan een aparte publiekrechtelijke eigendomsfiguur geen behoefte is, maar verschillen met hem van mening over de noodzaak en reikwijdte van een algemene publiekrechtelijke wettelijke regeling.

14. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren; NJ 2022/149, m.nt. C.E.C. Jansen.

Ook de overheidscontracten hebben altijd op De Haans belangstelling kunnen rekenen. Hij onderscheidt verschillende soorten overheidscontracten, die al naar gelang hun vorm of inhoud meer publiekrechtelijk of privaatrechtelijk van karakter zijn. Voor de overheidscontracten bepleit De Haan eveneens al jaren een wettelijke regeling, en wel in de Awb (p. 55). Daarbij zou ook de rechtsmachtverdeling tussen de beide soorten rechters aandacht moeten krijgen. De voorstellen die De Haan daarvoor doet, sluiten aan bij zijn tweegrondslagenleer en het in het verlengde daarvan gedane voorstel tot reorganisatie van de rechterlijke macht. In de kern komt het erop neer dat de bestuursrechter zijns inziens dient te beslissen over de uitoefening van publiekrechtelijke (contracts)bevoegdheden en de burgerlijke rechter over de vorm, inhoud en uitvoering van privaatrechtelijke contractsbepalingen. In de literatuur is ook dit een zeer bediscussieerd onderwerp: er zijn voor- en tegenstanders van een algemene regeling en bij de voorstanders circuleren er verschillende voorstellen, minder vergaande, waarbij de huidige rechterlijke competentieverdeling wordt gerespecteerd, en voorstellen die veel verder gaan.¹⁵

8 De huidige betekenis van dit preadvies

De betekenis van dit preadvies ligt vooral in de toekomstvisie die De Haan presenteert. Zijn tweegrondslagenleer is te begrijpen als een van de vele alternatieven die de afgelopen decennia zijn gepresenteerd voor de gemene en gemengde rechtsleer en de tweewegenleer met zijn doorkruisingsformule.¹⁶

Als gezegd, maakt De Haan een scherp onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Van een vermenging wil hij niet weten. Hij vraagt aandacht voor hun vervlechting op velerlei plaatsen in onze rechtsorde, in het bijzonder in de functionele rechtsgebieden. Daarnaast – wellicht kan ik beter zeggen: daarboven – vraagt hij aandacht voor de *algemene* rechtsbeginselen die nog nader geconcretiseerd moeten worden tot publiekrechtelijke of privaatrechtelijke normen. Dit bekende, op zichzelf vrij eenvoudige denkmodel, waarin het publiekrecht en het privaatrecht worden geanalyseerd vanuit een denkbeeldige koepel van enige meer algemene rechtsbeginselen en uitgangspunten, zien we in de binnenlandse en buitenlandse literatuur bij uiteenlopende auteurs terug.¹⁷ Maar de tweegrondslagenleer gaat veel verder. De tweegrondslagenleer richt zich vooral ook op de vraag waaraan de overheid haar bevoegdheden ontleent. De Haan bepleit vooral de versterking van de publiekrechtelijke poot. Een versterking die vooral in wetgeving moet gaan plaatsvinden. Tegelijkertijd gaat hij bepaald niet zo ver als Tak en diens Maastrichtse school die

15. Zie vrij recent de VAR-commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2021, p. 112 e.v. die een Awb-regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst bepleit, waarin de huidige rechterlijke competentieverdeling wordt gerespecteerd. Zie voorts Huisman & Van Ommeren 2019, par. 12.10, p. 688 e.v. met literatuurverwijzingen naar voor- en tegenstanders.

16. Huisman & Van Ommeren 2019, par. 2.8.3, p. 45 e.v.

17. In ons land niet in de laatste plaats bij M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013. Zie voor meer literatuur: Huisman & Van Ommeren 2019, par. 2.8.2, onderdeel d, p. 41-42.

— onder het label van de ‘invullende rechtsleer’ — een radicale scheiding van de werelden van publiekrecht en privaatrecht voorstaan.¹⁸

Ondanks de kritiek die er zeker op zijn voorstellen is te uiten — zo heb ik eerder al opgemerkt niet zo gelukkig te zijn met het etiket ‘tweegrondslagenleer’, omdat het de indruk wekt dat zonder het bestaan van een (tweede) publiekrechtelijke grondslag de overheid niet in het privaatrecht zou mogen optreden¹⁹ — acht ik de realisatie van delen van zijn toekomstvisie veel waarschijnlijker dan die van de invullende rechtsleer. Dat komt met name doordat het mogelijk is zijn toekomstvisie in betrekkelijk kleine stappen te realiseren, te beginnen in de functionele rechtsgebieden en van daaruit, als in bepaalde functionele rechtsgebieden voldoende resultaat is geboekt, over te stappen naar meer algemene wettelijke regelingen, zoals in de Awb. De Haan heeft bij herhaling in verschillende bewoordingen voor deze koers gepleit. Hem kan bovendien worden toegegeven dat wet en recht zich tot op zekere hoogte aan het ontwikkelen zijn langs de door hem geschetste lijnen, al is het nog lang niet zover als hij wenselijk acht. Dat maakt hem tot op de dag van vandaag tot een uiterst boeiende en visionaire auteur.

-
18. M.n. A.Q.C. Tak, ‘Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer’, *Recht en Kritiek* 1993, p. 174 e.v. en A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: VUGA 1997. Zie voor de reactie van Tak op De Haan: A.Q.C. Tak, ‘De nieuwe “De Haan”’, *NTB* 1999, p. 19 e.v.
19. Huisman & Van Ommeren 2019, par. 2.8.3, p. 46.