

Belastingen vermomd als prijzen

PROF. DR. F.H.M. GRAPPERHAUS*

De gemeentelijke en provinciale nutsbedrijven genieten een aanzienlijke autonomie wat het vaststellen van de tarieven voor gas, water en elektriciteit betreft. In beginsel laat dit de mogelijkheid toe dat de tarieven niet worden bepaald op basis van een kostendekkende exploitatie met inachtneming van een redelijke winst, maar dat daarbovenop een opslag wordt gelegd om tekorten op de gemeentelijke of provinciale begrotingen te helpen dekken. De mogelijkheid daartoe is aanwezig indien de openbare nutsbedrijven over een monopoliepositie beschikken in de levering van noodzakelijke goederen en diensten. Er is dan deels sprake van een prijs voor een geleverde prestatie, deels van een prijsexcedent dat een verkapte belasting vormt. In dit artikel onderzoekt de auteur welke rechtsgevolgen zouden kunnen worden verbonden aan het feit dat de overheid een aan haar gerichte betaling voor prijs laat doorgaan, terwijl het in wezen deels een belasting is. Naar de mening van de auteur ontstaat in een dergelijk geval een recht van terugvordering van het prijsexcedent en zou van hogerhand tegen de lagere overheid moeten worden opgetreden wegens onwettige belastingheffing.

Inleiding

„Het wezen gaat voor de schijn” is een adagium dat voor het gehele recht geldt, maar vooral in het fiscale recht wordt toegepast. Daar immers is er de fiscus die het klassieke mikpunt vormt van schijnhandelingen waarmee belastingplichtigen proberen de door hen of door een van hen verschuldigde belasting lager te doen zijn dan zonder die schijnhandeling(en) het geval zou zijn geweest. Zoals bekend behoeft de fiscus met een schijnhandeling geen rekening te houden wanneer de bedoeling van partijen is dat de schijnhandeling hen niet zal binden, omdat die handeling geacht wordt in fiscalibus niet te zijn geschied, in welk geval men spreekt van absolute simulatie 1). Het komt evenwel óók voor dat partijen een bepaalde rechtshandeling zodanig aankleden dat die lijkt op een andere rechtshandeling. Ook in een dergelijk geval, als relatieve simulatie aan te duiden, behoort het wezen voor de schijn te gaan. Zo zal een schenking van een huis kunnen worden aangekleed als een verkoop voor f. 1. Het behoeft geen betoog dat de fiscus hierin een materiële schenking ziet, ook al is die formeel als een koopovereenkomst opgezet. Meer algemeen kan men zeggen dat de fiscus ten aanzien van prijzen nauwlettend nagaat of die wel „at arm's length” tot stand zijn gekomen. Dat daarbij niet alleen ten nadele maar soms ook ten voordele van de belastingplichtige prijzen worden gecorrigeerd, moge blijken uit het leerstuk van de informele kapitaalbreng 2).

In dit artikel wil ik de vraag onder ogen zien of het leerstuk dat het wezen voor de schijn gaat, ook van toepassing is op privaatrechtelijke overeenkomsten waarbij de overheid partij is. Ik wil met name onderzoeken of de overheid een aan haar gerichte betaling voor *prijs* kan laten doorgaan, terwijl het in wezen een *belasting* is, en zo ja tot welke rechtsgevolgen dat zou kunnen leiden. Ik heb met opzet de vraag zo geformuleerd dat deze wijst op een eenzijdig optreden van de overheid. Het is voor mijn betoog niet van belang dat degene die de betaling verricht actief meewerkt aan of zich zelfs maar bewust is van de gewekte schijn. Intussen kan daarbij meteen al de vraag worden gesteld hoe de overheid eenzijdig in staat zou kunnen zijn tot het wekken van die schijn. Vanzelfsprekend zal die vraag in het betoog hierna nog aan de orde komen.

Ik heb dit artikel toegespitst op de provinciale en gemeentelij-

ke overheden als leveranciers van gas, water en elektriciteit, hier afgekort tot gwe. Daaronder versta ik tevens dat de overheid onmiddellijk uit afgeleide „produkten” levert zoals verwarming, kracht en verlichting. Ik ga niet in op de vraag of de gemeente, dan wel de provincie van één of van meer der genoemde goederen leverancier is, hetzij zelf, hetzij via een regionale samenwerkingsvorm, hetzij via een privaatrechtelijke rechtspersoon (NV, BV, stichting). Belangstellenden moge ik verwijzen naar het rapport *Concentratie nutsbedrijven* 3), dat een onthutsend beeld geeft van de talrijke variaties op dit punt. Eenvoudshalve zal ik hierna steeds spreken van gemeentebedrijven, andere modellen daaronder begrepen, tenzij uit de tekst het tegendeel blijkt.

Prijzen, belastingen en retributies

Wanneer ik hierna over prijzen spreek, heb ik steeds het oog op wat men ook wel aanduidt als publieke prijzen, te weten door gemeentebedrijven vastgestelde prijzen (tarieven). Onder belastingen versta ik, conform Hofstra 4), „gedwongen bijdragen van particuliere huishoudingen aan de overheid, waar geen rechtstreekse individuele contraprestatie van de overheid tegenover staat, en die krachtens algemene regelen, en anders dan als straf wegens overtreding van de strafwet, worden gevorderd”.

* Bgw hoogleraar belastingrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden. Dit artikel is tevens verschenen in de bundel: *Van wet naar recht*, die is uitgebracht ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. J.P. Scheltens, hoogleraar belastingrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden (1984, Kluwer, Deventer).

1) H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, 5e druk, 1980, blz. 171.

2) Zie J.C.K.W. Bartel, *Informeel kapitaalbreng*, afscheidscollege Katholieke Hogeschool Tilburg 1980 en de daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

3) *Concentratie nutsbedrijven*, rapport aan de Minister van Economische Zaken, enz., 's-Gravenhage, 1980, blz. 105 e.v.

4) Hofstra, op. cit., blz. 25. Zie ook L.H.J. Crijns, *Retributies en het recht op de mijnen in Nederland*, dissertatie Katholieke Hogeschool Tilburg, 1951, blz. 83.

Naar mijn mening 5) zou aan die definitie moeten worden toegevoegd dat het doel is geld voor de overheidskas te verwerven. Dit punt wil ik voorlopig laten rusten; ik kom daarop later nog terug. Uit het vorenstaande blijkt al hoezeer prijzen en belastingen tegenover elkaar staan. Bij de eerste is er juist wel de individueel genoten tegenprestatie die bij de laatste ontbreekt, terwijl er bij belastingen dwang bestaat en algemene maatregelen de basis vormen, welke beide elementen bij prijzen niet aanwezig zijn.

De retributies staan tussen prijzen en belastingen in. Volgens Hofstra 6) zijn het betalingen die door de overheid krachtens algemene regelen worden gevorderd ter zake van een concrete, door de overheid als zodanig individueel bewezen dienst. Met de belasting heeft de retributie gemeen dat zij naar algemene regelen wordt gevorderd en dat de overheid daarbij als zodanig optreedt. Met de prijs heeft zij gemeen dat zij wordt betaald voor een concrete, individueel aanwijsbare dienst die de overheid bewijst. Ondanks haar publiekrechtelijke grondslag vindt Hofstra 7) de retributie daarom een prijs. Ik aarzel die opvatting bij te vallen, al was het alleen maar uit oogpunt van terminologie. Ik zou voor de duidelijkheid liever het woord prijs beperken tot de situatie dat de overheid een privaatrechtelijke overeenkomst aangaat. Volledigheidshalve wijs ik wel op de nauwe samenhang tussen prijzen en retributies in economisch opzicht. In de leer der openbare financiën ziet men dan ook dat deze gezamenlijk worden behandeld 8).

Een korte historische verhandeling 9)

Bij de door Thorbecke in 1851 tot stand gebrachte Gemeentewet 10) was bepaald dat gemeentelijke retributies voor belastingen zouden worden gehouden. Dat opende de mogelijkheid ook de retributies aan het goedkeuringsrecht van de Kroon te onderwerpen, waarmee een waarborg werd geschapen dat retributies niet tot te hoge bedragen zouden worden geheven. Thorbecke bevestigde daarbij het toenmalige standpunt dat het maken van winst op retributies niet behoorde plaats te vinden. Weliswaar was Thorbecke van mening dat betalingen die aan een gemeente werden gedaan op grond van een privaatrechtelijke overeenkomst, niet onder het belastingregime vielen, doch dan moest het wel gaan om prestaties van de zijde van de gemeente die niet in de publiekrechtelijke sfeer thuishoorden. Levering van gas door de gemeentelijke gasfabriek b.v. werd echter nog wel als retributie beschouwd.

In de decennia na de totstandkoming van de Gemeentewet won de opvatting veld dat leveringen door de gemeentelijke bedrijven aan de afnemers in de privaatrechtelijke sfeer lagen. Omdat steeds meer gemeenten eigen nutsbedrijven stichtten, was het gewenst dat de regering zich over dit vraagstuk uitsprak. Bij brief van 31 mei 1876 11) sprak minister Heemskerk als zijn mening uit dat de tarieven van b.v. door een gemeente geleverd gas niet bij een belastingverordening behoeften te worden vastgesteld. De consequentie van dat standpunt was dat de gemeenten geen goedkeuring behoeften aan te vragen voor het vaststellen van de gas- en andere prijzen en dat zij vrij waren die prijzen zelf vast te stellen. Nadat in 1894 reeds de mogelijkheid was geopend dat winst kon worden gemaakt op retributies – behoudens in een aantal uitdrukkelijk opgesomde gevallen – werd in 1920 12) de mogelijkheid geopend dat een matige winst op alle retributies kon worden gemaakt en werd de in 1876 door minister Heemskerk getolereerde praktijk inzake de gemeentelijke bedrijven gelegaliseerd.

De huidige stand van zaken

De onderhavige materie wordt thans geregeld in de art. 277 en 279 Gemeentewet, zoals die bij de laatste grote herziening van de gemeentelijke belastingen in 1970 13) zijn vastgesteld. Ter wille van het gemak voor de lezer laat ik deze bepalingen hieronder volgen:

Art. 277-1. Voor gemeentelijke belastingen worden gehouden de

- leges

- rechten, andere dan die bedoeld onder a, voor:
 - het gebruik overeenkomstig de bestemming van voor de openbare dienst bestemde gemeentebezittingen of van voor de openbare dienst bestemde werken of inrichtingen die bij de gemeente in beheer of in onderhoud zijn;
 - het genot van door of vanwege het gemeentebestuur verstrekte diensten, tenzij deze bedrijfsmatig worden verstrekt of bestaan in het tijdelijk ter beschikking van particulieren stellen van gemeentepersoneel;
 - het hebben van voorwerpen onder, op of boven gemeentegrond of -water, voor de openbare dienst bestemd;
 - het geven van gemakkelikheden waarbij gebruik wordt gemaakt van door of met medewerking van het gemeentebestuur tot stand gebrachte of in stand gehouden voorzieningen of waarbij een bijzondere voorziening in de vorm van toezicht of anderszins van de zijde van het gemeentebestuur getroffen wordt.
- Bezittingen, werken of inrichtingen ten dienste van een gemeentebedrijf worden niet gerekend tot die welke voor de openbare dienst bestemd zijn.
- Inrichtingen, door de gemeente in stand gehouden zonder streven naar algehele dekking van kosten, worden niet als bedrijven aangemerkt, indien de tarieven afhankelijk zijn van het inkomen of het vermogen.
- Wij behouden ons voor bij algemene maatregel van bestuur de gevallen of groepen gevallen aan te wijzen waarin door de gemeente rechten, bedoeld in het eerste lid, kunnen worden gevorderd zonder dat deze voor belastingen worden gehouden.

Art. 279. Belastingverordeningen betreffende rechten, bedoeld in artikel 277, eerste lid, onder b 1°, b 2° en b 4°, worden niet goedgekeurd, indien de krachtens die verordeningen geheven rechten hoger zijn dan vereist wordt om een matige winst aan de gemeente te verzekeren. De vorige volzin vindt geen toepassing voor zoveel de verordeningen betreffen het heffen van rechten bedoeld in artikel 20, tweede lid, van de Wet op de motorrijtuigenbelasting 1966 (Stb. 332).

Het in art. 277 gemaakte onderscheid tussen leges en andere retributies is aangebracht omdat leges niet altijd zuiver het karakter van retributies hebben 14). De in lid 1 onder b 1° bedoelde retributies zijn b.v. weg-, straat-, brug-, kaai-, haven-, sluis-, en doggelden, boommelden, marktelden en dergelijke. Lid 1 onder b 2° heeft het oog op o.a. wik-, weeg-, meet- en keurlonen, reinigings- en rioolretributies. Bij lid 1 onder b 3° moet men denken aan allerlei vormen van precario-retributies en aanplakrechten. Lid 1 onder b 4° spreekt voor zich. Lid 2 maakt duidelijk dat met betrekking tot de gemeentebedrijven de in de Gemeentewet voorkomende belastingvoorschriften niet van toepassing zijn.

Vanwege het profijtbeginsel en het kostendekkingssysteem laat heffing naar draagkracht zich niet rijmen met het karakter van de retributie. Toch wordt in het derde lid van art. 277 daarop een uitzondering toegelaten: bij de in dit lid bedoelde bedrijven moet men vooral denken aan gemeentelijke bejaardeninrichtingen en verzorgingstehuizen waarvan de tarieven wel naar draagkracht mogen worden geheven, maar die dan ook bij wetsaanduiding niet als bedrijven worden aangemerkt als gevolg waarvan de belastingvoorschriften weer van toepassing zijn. De in het vierde lid bedoelde algemene maatregel van bestuur is tot dusver niet uitgevaardigd.

5) F.H.M. Grapperhaus, Grondwaterheffing in strijd met de Grondwet, *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 1977, nr. 5328.

6) Hofstra, op. cit., blz. 26.

7) Idem, blz. 27.

8) Zie uitvoerig hierover *Vakstudie Gemeentelijke Belastingen e.a.* Commentaar II, art. 277, aant. 4, alsmede J.C. Timmermans en B.J. Thijssen, *De belastingen der gemeente*, 5e druk, hfst. 71, par. 1, blz. 4.

10) Wet van 29 juni 1851, *Stb.* 1851, 85.

11) Bijvoegsel *Stb.* 1876, 159.

12) Wet van 30 december 1928, *Stb.* 1928, 923.

13) Wet van 24 december 1970, *Stb.* 1970, 608.

14) MvT Wet van 24 december 1970 ad. art. 272, blz. 23 lk.

Volgens artikel 279 is het maken van matige winst toegestaan voor de categorieën weggelden en dergelijke, weeg- en keurlonen en dergelijke, en de vermakelijkhedenretributie. De conclusie kan daaruit worden getrokken dat voor leges en precariorechten wel een meer dan matige winst mag worden gemaakt. Deze conclusie vindt steun in de wetsgeschiedenis van de wijziging van 1970, waarin door de regering werd uitgesproken dat het weinig zin had voor leges de opbrengst tot een matige winst te beperken omdat de kosten hier veelal niet of moeilijk zijn te bepalen 15), terwijl ten aanzien van precarioheffingen werd opgemerkt dat de kosten voor de gemeente veelal ontbreken of praktisch niet kunnen worden berekend 16). Wat onder het begrip matige winst moet worden verstaan is overigens niet erg duidelijk. Uit de Memorie van Antwoord bij de Wijzigingswet van 1970 zou men kunnen afleiden dat het meer gaat om een richtlijn voor de Kroon 17) bij het goedkeuringsbeleid 18). Opgemerkt wordt dat in de jurisprudentie steeds het standpunt is ingenomen dat de beoordeling of er sprake is van matige winst niet ter beoordeling van de rechter staat doch is overgelaten aan de gemeentelijke wetgever onder toezicht van de Kroon 17).

Voor de vaststelling van tarieven van de gemeentebedrijven is eveneens geen gebondenheid aan matige winst. In dit geval is er immers geen sprake van belastingvoorschriften en is de Koninklijke goedkeuring niet vereist. Ik zal hieronder nader onderzoeken hoever de vrijheid reikt voor de gemeenten om de tarieven voor de door haar bedrijven geleverde gwe naar eigen inzicht vast te stellen. Voordien echter, ter wille van het inzicht in de materie, een kleine uitweiding naar de vaststelling van de tarieven voor leges en andere retributies en met name naar het begrip matige winst.

Tarieven voor leges en andere retributies

De eerste vraag die rijst is wat de inhoud van het begrip „matige winst” eigenlijk is. Bij de behandeling van de wetwijziging voor 1970 vonden vele kamerleden het al een vaag en moeilijk hanteerbaar begrip en vonden vele andere leden dat het daarom maar beter kon vervallen 19). Ik zou mij in dit opstel niet willen wagen aan een uitspraak over wat matige winst is. Ik denk dat het eenvoudiger is te zeggen wat het niet is. Zo sluit ik me aan bij de schrijver van de *Vakstudie Gemeentelijke Belastingen e.a.*, die zegt dat hem 25% als norm niet een erg matige winst lijkt 20). Het betreft hier een reactie op een aanschrijving door de minister van Binnenlandse Zaken aan de gemeentebesturen uit 1967 waarin voor het goedkeuren van een rioolbelasting als bedoeld in art. 275 (oud) Gemeentewet als norm voor een matige winst 25% werd gehanteerd. In een andere losbladige uitgave over de gemeentelijke belastingen onder redactie van A.M. Dijk c.s. wordt opgemerkt, dat uit het Koninklijke goedkeuringsrecht blijkt dat de grens van een matige winst ongeveer bij een percentage van 20 à 25 ligt 21). Uit dat verschil van inzicht over matige winst blijkt al dat er een ruime bandbreedte aanwezig is waarbinnen, althans volgens de normen van het goedkeuringsrecht, nog steeds van matige winst kan worden gesproken. De 25%-norm lijkt mij overigens nogal aan de hoge kant. Voor de beantwoording van de vraag of deze norm niet lager zou moeten worden gesteld, is nader onderzoek nodig, waarvoor ik buiten het beperkte kader van dit artikel zou moeten treden. Ik zou mij daarom liever willen beperken tot de vraag wanneer er per se geen sprake meer kan zijn van matige winst. Ik gebruik gemakshalve het woord excessieve winst om aan te geven een zodanige winst dat in redelijkheid niet meer kan worden volgehouden dat er sprake is van matige winst. We bevinden ons dan op het terrein van de marginale toetsing.

Dat volgens de Hoge Raad de toetsing of er sprake is van matige winst uitsluitend toekomt aan de Kroon wil nog niet zeggen – zo meent de commentator op BNB 1973/69 22) (H.J. Hofstra) en ik val hem daarin gaarne bij – dat voor een dergelijke marginale toetsing geen plaats zou zijn: de Kroon is immers bij haar goedkeuringsbeleid aan de wet gebonden. Het lijkt erop dat de Hoge Raad 22a) dan ook een dergelijke toetsing voor mogelijk hield toen hij in 1968 overwoog: „dat zo al denkbaar is, dat in een geding voor de belastingrechter de stelling wordt opgeworpen en aannemelijk gemaakt, dat een verordening als te dezen

aan de orde is door de Kroon ten onrechte is goedgekeurd, omdat deze in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen, dat de heffing tot geen hoger bedrag is vastgesteld, dan vereist wordt om aan de Gemeente een matige winst te verzekeren, door belanghebbende, voor zover uit de bestreden uitspraak en de stukken blijkt, geen feiten zijn gesteld, die een zodanige conclusie zouden kunnen rechtvaardigen”.

Met betrekking tot leges, precariorechten en opcenten op de motorrijtuigenbelasting bestaat een dergelijke toetsing niet. Indien daar een excessief hoge tariefvaststelling plaatsvindt kan de burger derhalve alleen maar hopen dat de Kroon van zijn goedkeuringsbeleid een goed gebruik maakt. De vraag of excessief hoge tarieven voor leges en andere substituties niet deels als belastingen zouden moeten worden aangemerkt, is, zoals uit het bovenstaande blijkt, van puur theoretische aard. Ter wille van de rechtsbescherming van de burgers is Thorbecke immers zo wijs geweest die leges en andere retributies bij wege van wetsduiding tot belastingen te bestempelen en zo is het sindsdien gebleven. Hoe staat het echter met de prijzen voor de gemeentebedrijven die sinds ruim een eeuw een eigen leven zijn gaan leiden en die buiten de retributiesfeer liggen?

De problematiek bij de vaststelling van prijzen door gemeentebedrijven

In een column in *ESB* 23) schrijft W.J. Beek nadat hij de winsten van elektriciteitsproductie- en distributiebedrijven de revue heeft laten passeren tot slot: „Met welk recht lagere overheden hun monopoliepositie in de elektriciteitslevering gebruiken voor deze indirecte belastingheffing ontgaat me”. Met dat zinnetje zitten we midden in het probleem dat in dit artikel centraal staat. Dat vraagstuk heeft al heel wat keren de gemoederen beziggehouden. Zo schreef Vliegen 24) al in 1910 in zijn praeadvies voor het Congres voor de Gemeentebedrijven: „dat een exploitatie van openbare bedrijven met de bedoeling om er grote winst uit te slaan voor de openbare kas, onttaardt in het opleggen van gewone indirecte belastingen, even weinig rekening houdend met de draagkracht en dus even onbillijk”. Van meer recente datum is de discussie die in 1967 op het Symposium Gemeentebedrijven Eindhoven werd gevoerd o.a. over de tarievenpolitiek bij openbare nutsbedrijven, waarbij door diverse sprekers werd onderkend dat te hoge prijzen voor elektriciteit een element van indirecte belasting zouden bevatten 25). Ook in werknemerskringen, bij de consumentenwereld en zelfs bij gewestelijke bestuurders worden soortgelijke geluiden gehoord 26).

In tegenstelling tot leges en andere retributies is er bij de vaststelling van de tarieven door de gemeentebedrijven geen

15) MvT Wet van 24 december 1970 ad. art. 272, blz. 23 lk.

16) MvT Wet van 24 december 1970 ad. art. 279, blz. 24 rk.

17) MvA Wet van 24 december 1970 ad. art. 279, blz. 21 lk.

18) Hof Amsterdam 2 april 1964, nr. 427/63, *BNB* 1964/290; HR 26 juni 1968, nr. 15.850, *BNB* 1968/178; HR 7 februari 1973, nr. 16.885, *BNB* 1973/69. Zie ook: HR 20 december 1939, *NJ* 1940, 84; HR 20 juni 1962, nr. 14.823, *BNB* 1962/279.

19) VV ad. art. 279, blz. 16 rk en 17 lk.

20) *Vakstudie Gemeentelijke belastingen e.a.* Commentaar II art. 279, Gemeentewet aant. 5, deel I, 1-48.

21) A.M. Dijk, *De gemeentelijke belastingen enz.*

22) HR 7 februari 1973, nr. 16.885, *BNB* 1973/69.

22a) HR 26 juni 1968, nr. 15.850, *BNB* 1968/178.

23) W.J. Beek, Kosten en tarieven van elektriciteitsopwekking, *ESB*, 9 november 1983, blz. 1027.

24) Aangehaald door D. Simons, *Gemeentebedrijven*, 1939, blz. 321.

25) *Tarievenpolitiek en investeringen bij openbare nutsbedrijven*, Symposium Gemeentebedrijven Eindhoven 1967, blz. 71 e.v.

26) Energiebedrijf als melkkoe, *Consumentengids*, december 1975, blz. 502; Een Utrechts gedeputeerde: einde maken aan forse overwinsten van nutsbedrijven, *Het financieele Dagblad* van 5 december 1975; beide artikelen aangehaald door W.A.G. Poell. Gemeenten en de winst van de openbare nutsbedrijven, *Financieel Overheidsbeheer*, jg. 1976, blz. 36-39; *De Werkgever*, nr. 16 van 4 augustus 1983 in een commentaar onder het hoofd: PZEM houdt Schelde overeind uit statutair gevormde reserves.

goedkeuring nodig van hogerhand. Dat wil nog niet zeggen dat het gemeentebestuur geheel en al vrij is bij de vaststelling van die tarieven. Immers, met behulp van de Prijzenwet houdt de regering een zeker toezicht op het verloop van de prijzen der gemeentebedrijven.

De nutsbedrijven van de overheid kenmerken zich meestal doordat de productie in grote tot zeer grote technische capaciteitseenheden plaatsvindt. Krachtens de technische structuur – meer dan één leidingnet zou maatschappelijke verspilling betekenen – is er een tendens tot het ontstaan van lokale en regionale monopolies. De gemeentebedrijven waarop ik in dit artikel met name het oog heb en die gwe leveren, worden in tegenstelling tot andere nijverheidsbedrijven van de overheid niet in de heffing van de vennootschapsbelasting betrokken (27), omdat zij een monopoliepositie innemen (en belastingheffing overigens bij deze bedrijven op grote belastingtechnische bezwaren zou stuiten) (28). Het achterliggende motief van de vrijstelling is dat deze bedrijven niet in concurrentie treden met andere ondernemingen uit de private sector. Er is volgens de fiscale wetgever derhalve geen reden om, zoals bij andere overheidsbedrijven uit de publieke sector, de bedoelde gemeentebedrijven in de vennootschapsbelasting te betrekken. Reeds nu plaats ik de opmerking dat de voorstelling van zaken dat deze bedrijven niet in concurrentie met ondernemingen uit de private sector zouden treden omdat zij een monopoliepositie zouden hebben, genuanceerd tegemoet moet worden getreden. Reeds Simons wees daarop in 1939 (29). De Roy van Zuiderwijn vatte op het hiervoor genoemde symposium te Eindhoven (30) de situatie als volgt kernachtig samen: „Het monopolie van de elektriciteitsbedrijven wordt begrensd door het toezicht van de overheid, door de mogelijkheid van eigen opwekking door grootverbruikers en beperkt zich ten opzichte van kleinverbruikers tot de levering van licht en kracht. Bij de gasvoorziening is van een monopolie geen sprake en treedt het openbaar nutsbedrijf in concurrentie met het elektriciteitsbedrijf voor koken en heetwaterbereiding en met de leverancier van primaire brandstoffen voor huisverwarming. Bij de waterleidingbedrijven kan voor de huishoudelijke verbruikers van een zuivere monopoliepositie worden gesproken, terwijl die voor grootverbruikers in zeer vele gevallen aanwezig is”.

De reden waarom deze bedrijven die worden gekenmerkt door hoge vaste en lage variabele (marginale) kosten, in handen van de overheid zijn, is dat vermeden behoort te worden dat door uitbuiting van de monopoliepositie – voor zover aanwezig – de prijzen ter wille van de winstmaximalisatie boven de marginale kosten worden vastgesteld. Een dergelijke prijsstelling zou immers betekenen dat de optimale allocatie niet is bereikt: uitbreiding van de productie tegen prijzen ten minste gelijk aan de marginale kosten wordt dan immers verhinderd. Uit maatschappelijk oogpunt wordt de grootste welvaart bereikt wanneer deze bedrijven het meeste nut stichten, hetgeen plaatsvindt wanneer de prijzen gelijk of ten naastebij gelijk zijn aan de marginale kosten (31).

Het vorenstaande geeft in grote trekken aan wat het kernvraagstuk is bij de prijsstelling ingeval van monopolie. In de dagelijkse praktijk ligt het echter ingewikkelder. Dat komt omdat de kostendekking in verband met de vaak zeer omvangrijke capaciteitskosten niet altijd, met name in de eerste tijd na ingebruikneming van nieuwe installaties, op volledige bezetting kan zijn gebaseerd. Het gevolg daarvan zou zijn dat toepassing van de regel dat de prijs gelijk behoort te zijn aan de marginale kosten, tot langdurige verliessituaties zou kunnen leiden, ware het niet dat gebruik wordt gemaakt van een bijzondere wijze van tariefstelling. Men kan daarbij denken aan splitsing van de prijs in een vast en een variabel bestanddeel, tariefsdifferentiatie naar b.v. ongelijkmatigheid van het gebruik (seizoensdifferentiatie, afname overdag of 's nachts), tijdstip van levering, verschillende prijzen voor groot- en kleinverbruikers, enz. (32). Het vraagstuk wordt nog verder gecompliceerd doordat, als gevolg van de snelle technische ontwikkeling, de gemiddelde capaciteitskosten niet zelden de tendens hebben te dalen.

Winstmaximalisatie versus nutsmaximalisatie

De Elektriciteitsraad heeft in een commentaar naar aanleiding

van de beoogde concentratie van nutsbedrijven als zijn mening uitgesproken dat het in het kader van de tariefsvaststelling niet juist zou zijn om overwinsten als gevolg van (hoge) elektriciteitstarieven aan te wenden ter dekking van kosten die niet rechtstreeks in verband staan met de elektriciteitsvoorziening (33). Het zal niet verbazen dat daartegen van gemeentezijde te hoop werd gelopen met het – overigens niet sterk overkomende – argument dat de winsten van de nutsbedrijven voor de gemeenten onmisbaar waren (34).

Ik zou over deze controverse, met instemming de opvatting van Traas (35), willen weergeven. Naar diens mening kan men het vraagstuk van de bepaling van de hoogte en de structuur van de tarieven van de openbare nutsbedrijven op twee wijzen aanpakken die hij aanduidt als de welvaartstheoretische benadering en een op het kostenveroorzakingsprincipe gebaseerd systeem. De eerste benadering die zich – zowel direct als indirect (b.v. milieu) – naar de maatschappelijke effectiviteit richt, wordt door hem om een aantal redenen, die in dit opstel niet ter zake doen, verworpen. Hij kiest daarom voor het beginsel dat de „kostenveroorzaker” betaalt, waaraan tariefsdifferentiatie impliciet is verbonden. Bij toepassing van dit principe zal het openbaar nutsbedrijf over de jaren heen een kostendekkende exploitatie behoren te hebben. Daaronder dient volgens hem mede te worden begrepen voldoende ruimte tot het opbouwen c.q. het op peil houden van een zekere reserve ten behoeve van het financieel weerstandsvermogen van het nutsbedrijf. Hij gaat dan door als volgt: „Wat daaronder echter *niet* valt is een opslag die eventueel op de tarieven wordt gelegd om tekorten op de gemeentelijke of provinciale begrotingen mede te helpen dekken. Vanuit het kostenveroorzakingsprincipe denkend is voor dergelijke opslagen geen plaats. Het zijn in feite verkapte belastingen die men beter expliciet – en niet via opslagen in nutstarieven – aan de burgers kan opleggen”.

Gemakshalve zal ik een tariefsvaststelling als die welke door Traas wordt verworpen, aanduiden als een op winstmaximalisatie gerichte tariefvaststelling, terwijl indien het streven naar een dergelijk hoge winst ontbreekt ik de tariefvaststelling beschouw als gebaseerd op nutsmaximalisatie. Hoe moet men nu aankijken tegen een situatie waarbij het zonneklaar is dat er sprake is van een prijsvaststelling die tendeert naar winstmaximalisatie in plaats van naar nutsmaximalisatie.

Een onderzoek daarnaar is niet zo theoretisch als het misschien lijkt. Het is mij bekend dat in brede kringen onvrede leeft met de naar hun mening exorbitante tarieven die de nutsbedrijven van de gemeenten – en in voorkomende gevallen van de provincies – in rekening brengen met name op het terrein van de energie (36). Plannen om elektriciteit vanuit de Bondsrepubliek te importeren geven toch wel te denken; al moet men daaraan toevoegen dat het ook weer niet alles zegt, omdat de kostenstructuur daar gunstiger kan liggen.

27) Wet Vpb. 1969, art. 2, lid 3, onder 2°.

28) MvT Wet belastingheffing van overheidsbedrijven van 28 juni 1975, *Stb.* 356.

29) Simons, op. cit., blz. 41.

30) Symposium Eindhoven, op. cit., blz. 36, 37.

31) Goedhart, op. cit., blz. 131. Zie ook L. Traas, Grondslagen tarief-systemen openbare nutsbedrijven, *Financieel Overheidsbeheer*, jg. 1981, blz. 5-13.

32) Goedhart, op. cit., blz. 132, 133. Zie ook F. Hartog, *Toegepaste welvaartseconomie*, Leiden, 1963. Zie voorts H.J. de Ru, Energiebeleid en energie-ondernemingen, *Ars Aequi*, jg. 1980, nr. 10, blz. 622 en noot 53. Traas, op. cit., blz. 10.

33) Overwinsten elektriciteitsbedrijven niet bestemd voor het dekken van andersoortige uitgaven, niet-gesigneerd artikel in *Financieel Overheidsbeheer*, jg. 1982, blz. 21-23.

34) Winsten nutsbedrijven, onmisbaar voor gemeenten, niet-gesigneerd artikel in *Financieel Overheidsbeheer*, jg. 1982, blz. 181-183. Zie ook B.P. de Kousemaeker, De rentabiliteit van de gas- en elektriciteitsbedrijven 1975-1980, *Financieel Overheidsbeheer*, jg. 1982, blz. 323.

35) Traas, op. cit., blz. 5, 7 en 9.

36) Zie noot 26.

De situatie bij de Provinciale Zeeuwse Electriciteitsmaatschappij (PZEM) spreekt in dit opzicht boekdelen. In de periode 1975/1980 – over recentere jaren heb ik geen studiemateriaal voorhanden – steeg het zichtbaar eigen vermogen, naar mij bleek uit het rapport van een externe accountant die de jaarverslagen had bestudeerd op verzoek van verontruste afnemers, met f. 636 mln., waarvan f. 26 mln. door overboeking van voorzieningen naar reserves, f. 375 mln. door herwaardering van vaste activa uit hoofde van prijsstijging, f. 104 mln. aan herwaarderingsreserve toegevoegde correctie afschrijvingen en f. 131 mln. niet uitgekeerde winsten. Aangetekend zij dat de voorzieningen voor geschatte in de toekomst te maken kosten in deze jaren met rond f. 42 mln. toenamen en daarnaast allerlei extra afschrijvingen tot een bedrag van f. 14 mln. ten laste van de exploitatie rekening werden gebracht. Geen wonder dat de PZEM, die statutair slechts 2% boven de gemiddelde rentevoet waarvoor de maatschappij in het verslagjaar heeft kunnen lenen als dividend mag uitkeren, met haar geld kennelijk geen raad wist, en daarom – op hoog bevel van de provinciale autoriteiten – f. 50 mln. ten behoeve van de Koninklijke Maatschappij De Schelde te Vlissingen ter beschikking moest stellen; kortom een verschrijving in optima forma. Ik laat de voorgenomen prijsverhogingen de restitutie op de in rekening gebrachte prijzen – f. 33 mln. over 1982 en f. 42 mln. over 1983 – alsmede de voorgenomen kapitaalsverhoging in 1984, nu maar ter zijde. Het eerste is het bewijs dat de PZEM zich realiseert veel te veel winst te maken, op grond waarvan zij het prijsexcedent geheel of gedeeltelijk aan de afnemers – onder druk van hogerhand? – restitueert; het tweede is een poging voor de aandeelhouders – provincie en gemeenten – een hogere dividenduitkering veilig te stellen.

Het zou te ver gaan uit deze summiere gegevens te concluderen dat de tarieven van de PZEM onverantwoord hoog zijn. Daarvoor zou een diepgaand onderzoek nodig zijn waarvoor dit artikel zich niet leent en waartoe ik mijzelf bovendien niet in staat acht. Terecht merkte Van Stuyvenberg op het symposium te Eindhoven op dat het de economen zijn die tot taak hebben uit te maken wat een redelijk tarief is (37). Ik wil me in deze bijdrage dan ook beperken tot de vraag hoe men de situatie moet beoordelen indien in een bepaalde concrete situatie kan worden aangevoerd dat de tarieven voor gwe zodanig zijn vastgesteld dat daaruit het streven naar winstmaximalisatie in plaats van nutsmaximalisatie kan worden afgeleid.

Op voorhand merk ik op dat men niet te snel mag aannemen dat die situatie bestaat. De gecompliceerdheid van de prijsvaststelling volgens strikt bedrijfseconomische normen brengt mee dat de gemeentelijke overheid bij haar prijsbeleid een zekere „masse de manoeuvre” moet worden gegund, inclusief de hiervoor al genoemde vormen van tariefsdifferentiatie. Men moet er immers van uitgaan dat gewetensvolle gemeentebesturen de prijzen voor de diensten van de gemeentebedrijven zo vaststellen dat daarin niet een oneigenlijk element verscholen zit. Dit oneigenlijk element is naar mijn mening aanwezig indien – om de woorden van G.J. Wiarda (38) te citeren – „de overheid bij het bedingen van de door haar kas te verlangde tegenprestatie *andere belangen* (curs. FG) op het oog heeft dan die ter behartiging waarvan het publieke recht die medewerking nodig maakte”. Er is dan sprake van „détournement de pouvoir” omdat de overheid haar bevoegdheid gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven.

Ik heb niet voldoende fantasie om, wanneer ik in casu zulk een *ander belang* moet bedenken, me iets anders voor ogen te halen dan een financieel belang. Een dergelijk oneigenlijk element in de prijsvaststelling door de gemeente betekent derhalve dat zij ten einde haar kas te spekken haar bevoegdheid misbruikt en daarmee handelt in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur; de vraag of „détournement de pouvoir” niet veel eerder als een schending der wet moet worden beschouwd – hetgeen J. in 't Veld (39) meent – laat ik verder onbesproken.

Om aan te tonen dat de gemeente alsdan een *ander belang* dient, moeten we nog even terug naar de reden waarom de gemeente de bewuste dienstverlening aan zich heeft getrokken. Dat was immers om te voorkomen dat de private sector de prijzen in deze noodzakelijkerwijs monopolistische bedrijven zodanig zou vaststellen dat de winst zo hoog mogelijk zou zijn, ongeacht de

aard en omvang van de afname van gwe. De bevoegdheid van de gemeente strekt dan ook niet verder dan de prijzen zodanig te bepalen dat, met inachtneming van een redelijke winst, de afname zo groot en gevarieerd mogelijk is.

Zelfs als men de gemeente een behoorlijke bandbreedte laat om de prijzen vast te stellen, daarbij inbegrepen de tariefsdifferentiatie, dan nog kan zich de situatie voordoen dat de tarieven voor gwe zo hoog zijn dat zonneklaar is dat de gemeente uit is op winstmaximalisatie in plaats van op nutsmaximalisatie. Het gaat mij er niet om te onderzoeken bij welk prijsniveau die situatie geacht kan worden op te treden. Ik wil slechts nagaan hoe men een dergelijk prijsexcedent – opgevat als het verschil tussen de werkelijke prijzen en de prijzen die behoren bij het streven naar nutsmaximalisatie – zou moeten kwalificeren en waartoe het in de verhouding tussen partijen kan leiden. Gemakshalve begin ik maar met de laatste vraag.

Ongeldigheid van een overeenkomst op grond van misbruik van omstandigheden

We bevinden ons bij de levering door de gemeente van gwe in de privaatrechtelijke sfeer en derhalve in de sfeer van de contractvrijheid. Dat brengt mee vrijheid in de bepaling van de prijs. Reeds in het Romeinse recht gold dat een zekere evenwicht tussen de waarde van de „*merx*” (het handelsgoed) en de hoogte van het „*pretium*” (de prijs) geen geldigheidsvereiste voor de koop was (40). Ofschoon onder invloed van het canonieke recht in de middeleeuwen de leer van het „*iustum pretium*” (de rechtvaardige prijs) is ontstaan – kort gezegd: een in het oog lopende onevenwichtigheid van de wederzijdse prestaties maakt een overeenkomst ongeldig – heeft dit leerstuk in ons land, anders dan b.v. in Frankrijk, nooit wortel geschoten.

Dat de leer van het *iustum pretium* en het beginsel van de contractvrijheid met elkaar op gespannen voet staan, behoeft geen betoog. Het lijkt mij dat in het Nederland van 1984 laatstgenoemd beginsel de overhand heeft (41) en dat geluiden van enige tientallen jaren geleden toen door diverse schrijvers de leer van het *iustum pretium* werd verkondigd (42) inmiddels zijn verstomd.

Al geldt het beginsel van de contractvrijheid nog steeds, dat neemt niet weg dat onevenwichtigheid tussen de wederzijdse prestaties de overeenkomst kan vitiëren indien die onevenwichtigheid haar oorzaak vindt in misbruik van omstandigheden door één der partijen (43).

Een dergelijk misbruik van omstandigheden is niet zelden gebaseerd op economische dwang die – om de woorden van de Hoge Raad te bezigen (44) – „de ene partij tot het aangaan van

37) Symposium Eindhoven, op. cit., blz. 73.

38) G.J. Wiarda, De overheid als contractante, *WPNR*, nr. 5067, blz. 27.

39) J. in 't Veld, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 1979, 2e druk, blz. 23. Voor literatuur over dit onderwerp toegespitst op het belastingrecht zie men Anne-Marie van Dam-Kuipers, De informatieplicht van de inspecteur bij navordering, *Weekblad voor Fiscaal Recht*, jg. 1982, nr. 5.540 en de in noot 11 op blz. 422 vermelde literatuur.

40) J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, 3e druk, Leiden, 1948, blz. 246.

41) C.J. van Zeben, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, dissertatie Utrecht, 1960, blz. 1-6. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, dissertatie Leiden, 1979, blz. 58 en 59 en 120 e.v. J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid*, dissertatie Leiden, 1981, blz. 136.

42) P.W. Kamphuisen, De leer van het *iustum pretium* herleeft, *WPNR*, nrs. 3.314 t/m 3.316. N. de Benedity, Gelijkwaardige of bedongen tegenprestatie, *WPNR*, 3.446 en 3.447. C.M.D. van Nispen tot Sevenaer, De herleving van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijgerige grondslag, *RM Themis*, 1937, blz. 1-22.

43) HR 24 mei 1968, *NJ* 1968, 252 en 2 november 1979, *NJ* 1980, 429, beide arresten aangehaald door Spier, op. cit. Zie ook Van Zeben, op. cit., blz. 26 e.v. en 51, 52 en P.A. Stein, *Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen*, dissertatie Leiden, 1957, blz. 7-23 en 140 e.v.

44) HR 2 november 1970, *NJ* 1980, 429; HR 13 juni 1975, *NJ* 1976, 98.

de overeenkomst . . . bracht, waartoe zij, zo zij niet in die omstandigheid had verkeerd, wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen niet zou zijn overgegaan . . .”.

Misbruik van omstandigheden naast schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Het behoeft dunkt me geen betoog dat het vorenstaande ook geldt wanneer de overheid in enigerlei gedaante contractpartij bij een privaatrechtelijke overeenkomst is.

Een kleine uitweiding past hier. Men zou namelijk kunnen zeggen dat het dan *a fortiori* geldt, waarbij men zich zou kunnen beroepen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de overheid bij haar optreden in acht heeft te nemen, ook indien zij partij is in een privaatrechtelijke overeenkomst. Dat *a fortiori* zal evenwel niet worden uitgesproken door degenen die menen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, voor zover die worden toegepast op een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid partij is, niet veel meer zijn dan een op de overheid toegesneden vertaling van de goede trouw, de redelijkheid en de billijkheid die elke partij bij een overeenkomst in acht behoort te nemen (45).

Ofschoon de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in vergaande mate lijken op de beginselen van goede trouw, redelijkheid en billijkheid, die ons vanuit het privaatrecht zo vertrouwd in de oren klinken, meen ik toch dat de eerste beginselen een ruimere strekking hebben dan de laatste. Met name geldt dat voor het gelijkheidsbeginsel dat de overheid in acht heeft te nemen en dat ik zo zou willen formuleren dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en verschillende gevallen verschillend, zulks in overeenstemming met het verschil. Spier hangt deze mening eveneens aan, zij het dat hij, naar mijn mening ten onrechte, onderscheidt maakt tussen het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel (46).

Een voorbeeld moge het vorenstaande verduidelijken. Indien de gemeente gwe levert staat het, zoals ik hiervoor al heb gesteld, vrij tariefsdifferentiatie toe te passen, b.v. door de kleinverbruiker meer in rekening te brengen dan de grootverbruiker. Zulk een tariefsdifferentiatie zou echter in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel wanneer zij een redelijke verhouding – in het midden gelaten welke die zou zijn – zou overschrijden. Zou evenwel de gemeente om redenen aan het algemeen belang ontleend, b.v. industriepolitiek in het kader van bevordering van de werkgelegenheid, tot een dergelijke prijsvaststelling zijn overgegaan, dan zou die evenwel toch weer aanvaardbaar kunnen zijn.

Misbruik van omstandigheden door de overheid als contractpartij in een privaatrechtelijke overeenkomst kan derhalve door de burgerlijke rechter worden getoetst, hetzij wegens strijd met de goede trouw, hetzij daarnaast wegens strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (47).

Het prijsexcedent impliceert misbruik van omstandigheden

Het komt mij voor dat misbruik van omstandigheden aanwezig is wanneer de gemeente (veel) te hoge prijzen voor gwe heeft vastgesteld, hetgeen ook geldt in de weinig voorkomende gevallen dat het openbaar nutsbedrijf door een particulier word geëxploiteerd; voornamelijk betreft dat enkele particuliere waterleidingmaatschappijen. Ik zou dit als volgt willen beredeneren. Door haar monopoliepositie kan de overheid dwang uitoefenen, omschreven op de wijze zoals de Hoge Raad die formuleerde en die ik hiervoor aanhaalde. Het doet er daarbij niet toe of er economische dwang is dan wel – zoals in dit geval – dwang in de persoonlijke levenssfeer; trouwens voor ondernemingen is er wel respectievelijk ook economische dwang. De dwang zou dan hierin moeten bestaan dat particulieren en ondernemingen voor het verkrijgen van gwe zijn aangewezen op de openbare nutsbedrijven en derhalve gedwongen de door deze vastgestelde prijzen te betalen. Ik zou willen onderscheid willen maken tussen water enerzijds en gas en elektra anderzijds.

Het lijkt me dat water wel de meest primaire behoefte van de mens vormt, zelfs nog belangrijker dan voedsel. In de vervuilde maatschappij waarin wij leven kan men niet meer – zoals een

oude jachtvriend van mij in zijn jeugd deed – drinkwater met de hand uit de sloot scheppen. Zelf water uit de grond halen is wel niet onmogelijk, maar toch slechts voorbehouden aan ondernemingen van enige omvang of aan kapitaalkrachtige particulieren die over een tuin van voldoende omvang beschikken. Men moet zich niet voorstellen welk een ramp zou ontstaan indien gedurende enige tijd de watervoorziening zou stokken! Art. 4, lid 1 van de Waterleidingwet bepaalt dan ook: „De eigenaar van een waterleidingbedrijf is gehouden zorg te dragen, dat de levering van deugdelijk drinkwater aan de verbruikers in zijn distributiegebied gewaarborgd is in zodanige hoeveelheid en onder zodanige druk als het belang der volksgezondheid vereist”. In het bekende fluorideringsarrest (48) zegt de Hoge Raad: „dat voorts, de eigenaar van een waterleidingbedrijf in zijn distributiegebied een monopoliepositie inneemt en drinkwater een van de eerste levensbehoeften van de mens is; dat derhalve de verbruikers voor de voorziening in deze behoefte praktisch zijn aangewezen op het drinkwater zoals dat via het bestaande leidingnet aan hen wordt toegevoerd... enz.”. De Hoge Raad vervolgt dan met de opmerking dat fluoridering van drinkwater met zich meebrengt dat de verbruikers praktisch gedwongen zijn dit geïoniseerd water te gebruiken, ook al zou de overheid tappunten ter beschikking stellen waar niet-geïoniseerd water zou worden verstrekt omdat dit laatste niet een praktische mogelijkheid biedt om over zulk water te beschikken.

Het lijkt me dat de door de Hoge Raad in dit arrest verwoorde gedachtegang kan worden toegepast in het geval dat ons hier bezighoudt. Als de prijs voor water te hoog is hebben de afnemers in beperkte mate de mogelijkheid de consumptie te beperken doch voor het overige zijn zij gedwongen die hoge prijs te betalen, zulks ten koste van hun overige bestedingsmogelijkheden. Indien een particuliere waterleidingmaatschappij dat zou doen – niet erg waarschijnlijk overigens, gezien de concessievoorwaarden en het prijsbeleid van het Ministerie van Economische Zaken – dan zou dat ongetwijfeld als misbruik van omstandigheden zijn aan te merken. Dat geldt evenzo als de overheid de prijs voor het water te hoog zou stellen; in welk geval, zoals nog eens gezegd, men ook kan stellen dat in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gehandeld.

Voor gas en elektra als bronnen van verwarming – daaronder begrepen voedseltoebereiding – verlichting en kracht ligt de zaak anders. Deze behoeften zijn op de behoefte-schaal na die aan water te klasseren, en er zijn hier alternatieven – kaarsen, butagasflessen, potkacheltsjes met hout of kolen gestookt – voorhanden. Toch meen ik dat die alternatieven – om de zoëven aangehaalde bewoordingen van de Hoge Raad in herinnering te roepen – in veel gevallen *geen praktische mogelijkheden* bieden om te voldoen aan behoeften die toch ook zeer dringend zijn te noemen, al komen ze dan na de behoefte aan water. Indien aanvaardbare alternatieven ontbreken zal ook bij gas en elektra een te hoge prijsvaststelling als misbruik van omstandigheden moeten worden gekwalificeerd.

Conversie van de overeenkomst door eliminatie van het prijs-excedent

Ik zou niet zover willen gaan dat vaststelling van te hoge prijzen door gemeentebedrijven voor gwe op grond van bovenstaande redenering de betreffende overeenkomsten met afnemers nietig zou doen zijn. Het komt mij voor dat de rechtsfiguur van de conversie hier uitkomst kan bieden. Daarvoor is volgens de Hoge Raad (49) vereist, dat: „aannemelijk is, dat zij die handelden, ten tijde van de handeling, voor het geval het beoogde rechtsgelovig niet bereikbaar ware, het wel bereikbare zouden hebben ge-

45) E. Drooglever Fortuyn, Congruentie van privaatrechtelijke en administratief-rechtelijke begrippen, in: *Non-sine-causabundel*, aangeboden aan G.J. Scholten, Zwolle, 1979, blz. 39 e.v.

46) Spier, op. cit., blz. 13, 117.

47) A.R. Bloembergen, *Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw*, 1976, blz. 7; In 't Veld, op. cit., blz. 104 e.v.

48) HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386.

49) HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120.

wild eer dan de toestand, welke het gevolg van de nietigheid zonder meer zouden zijn" 50). Met betrekking tot de vraag of deze voorwaarde ten aanzien van de gemeentelijke overheid is vervuld, moeten we uitgaan van de normatieve benadering. Spier 51) formuleert dat zo: „Het moet er rechtsens voor worden gehouden dat een overheidslichaam dat in een geval als hier bedoeld contracteert, de overeenkomst ook tegen een billijke prijs zou hebben gesloten; terwijl zijn medepartij tegen een verlaging geen bezwaar zal hebben". Ik sluit mij gaarne bij die opvatting aan. Het antwoord op de vraag uit vorenstaande beschouwingen moet luiden: de afnemer van door de gemeentebedrijven geleverd gwe kan een eventueel prijsexcedent via de rechter terugvorderen – aangenomen uiteraard dat hij ondubbelzinnig kan aantonen dat het prijsexcedent aanwezig is en aangenomen voorts dat in casu een monopoliepositie voor de overheid aanwezig is die alternatieven praktisch uitsluit. Specifieke punten zoals over hoe lange tijd in het verleden dit terugvorderingsrecht zich uitstrekt en of hij door middel van schuldvergelijking de terugvordering geldend kan maken bij leveringen in het heden, laat ik onbesproken.

Is het prijsexcedent als een belasting te kwalificeren?

Het komt me voor dat ik in het vorenstaande voldoende ingrediënten heb verzameld om de vraag te beantwoorden naar de kwalificatie van het prijsexcedent. Dat het prijsexcedent niet een individueel aanwijsbare tegenprestatie van de overheid vormt, lijkt me moeilijk voor bestrijding vatbaar. Weliswaar heeft de overheid een prestatie geleverd, maar daartegenover staat de redelijke, de aanvaardbare prijs, evenwel niet het prijsexcedent.

Er is ook dwang door de overheid uitgeoefend. Dat is niet de dwang zoals die in wetten is neergelegd en zoals die uiteindelijk met behulp van de sterke arm kan worden verwezenlijkt. In dit geval is het de veel subtieler dwang die hiervoor is beschreven en die inhoudt dat het de afnemers onmogelijk kan worden gemaakt te voorzien in hun meest essentiële levensbehoeften. Mijns inziens verhindert het andere karakter van de dwang geenszins dat kan worden gezegd dat hier sprake is van „gedwongen bijdragen" om in de definitie van belastingen zoals ik die hiervoor heb gegeven te blijven.

Ik kom nu aan het laatste punt: is er sprake van algemene regelen? Ik meen dat ook die vraag bevestigend moet worden beantwoord. Het tarievenbeleid is een openbare zaak. Door het budget van de gemeentebedrijven conform art. 253 Gemeentewet goed te keuren accepteert de gemeenteraad, optredende als het bestuur der gemeente, expliciet de prijzen voor gwe en stelt hij die als algemene regelen vast. Dit laat tariefsdifferentiatie onverlet; deze vormt juist een onderdeel van de algemene regels. Anders dan in de private sector kan een gemeentebedrijf zich niet veroorloven bij de door hem in rekening te brengen prijzen „vriendjespolitiek" te bedrijven. Dat zou strijdig zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Op grond van het bovenstaande kan ik tot geen andere conclusie komen dan dat het prijsexcedent een belasting vormt. Terugkomend op hetgeen ik in de inleiding naar voren bracht, betekent dit dat in de situatie waarin een prijsexcedent kan worden aangetoond er aanleiding is het adagium: het wezen gaat voor de schijn toe te passen op de prijs die het gemeentebedrijf voor gwe in rekening brengt. In schijn is dat volledig *prijs*, in wezen is het deels *belasting*. Terecht sprak Traas in een dergelijke situatie dan ook van verkapte belastingen 52). Degenen die, zoals ik 53), menen dat de budgettaire functie van de belastingen een van de elementen van de definitie vormt, zullen wel willen aannemen dat het prijsexcedent de budgettaire functie heeft en niet (mede) een ander doel dient. Geluiden uit de kringen van de lagere overheden 54) maken dat in ieder geval overduidelijk.

In dit verband moet nog aandacht worden geschonken aan een motivering die W.A.J. Poell 55) voor het prijsexcedent geeft. Hij schrijft: „indien bij hantering van bovenstaande tariefnorm positieve bedrijfsresultaten optreden, (in het voorgaande gebruikt bij het woord overwinsten, FG), dan kan dat het gevolg zijn van een gunstige kostenstructuur, voortvloeiend uit de dichte bebouwing van de stadsglomeratie ten opzichte van het platteland, alsmede uit de gekozen geparalleliseerde organisa-

tiestructuur (elektriciteit, gas en water samen in één bedrijf). Het is dan alleszins billijk, dat de gemeente dit conglomeratie- en parallelisatievoordeel geniet, omdat zij ook de conglomeratienadelen moet dragen en zij doelbewust heeft gekozen voor deze organisatiestructuur".

Deze motivering houdt naar mijn mening geenszins in dat de functie van het prijsexcedent een andere dan een budgettaire zou zijn. Ik zou bij de opvatting van Poell overigens twee kanttekeningen willen plaatsen. In de kapitalistische voortbrengingswijze kan een voorsprongspremie ontstaan door een betere organisatiestructuur, doch deze wordt na een zekere tijd door de concurrentie weggeslepen. Maar waarom moet de gemeente als monopolist dat voordeel blijvend aan zich zelf ten goede laten komen in plaats van het in de tarieven aan de afnemers af te staan? Mijn tweede opmerking heeft betrekking op de conglomeratiekosten die de gemeente heeft. Zij behoort die te dekken uit het totaal van haar inkomsten, waaronder de gemeentelijke belastingen, tenzij er een direct aanwijsbaar oorzakelijk verband zou bestaan tussen de conglomeratiekosten van de gemeente en de lagere kosten van de gemeentelijke nutsbedrijven. In die situatie zou redelijk zijn dat de gemeente een rekening stuurt aan de gemeentelijke nutsbedrijven voor verrichte werkzaamheden. Bestaat zulk een verband niet, dan zie ik niet goed in dat de gemeente de conglomeratiekosten mag proberen terug te krijgen door de tarieven voor gwe te verhogen.

Hiervóór heb ik gesteld dat de afnemer, met inachtneming van de door mij aangebrachte beperkingen, het recht heeft het prijsexcedent terug te vorderen. Is het dan nog wel logisch het prijsexcedent als een belasting te beschouwen? Ik denk het wel. Het is een belasting die ten onrechte wordt geheven en die dat blijft, zolang teruggave daarvan niet heeft plaatsgevonden.

Wat zijn de gevolgen indien de prijs voor een door de gemeente geleverd goed deels een belasting is?

Hiervoor heb ik al over de civielrechtelijke kant van de zaak gesproken. Die kan ik dus verder laten rusten. Vanuit staatsrechtelijk oogpunt is het eerste dat opvalt dat in deze situatie in flagrante strijd is gehandeld met de art. 271 en 273 van de Gemeentewet. Het laatste artikel geeft een uitputtende opsomming van de belastingen welke de gemeente mag heffen en daartoe behoort niet het vragen van te hoge prijzen voor door gemeentebedrijven geleverd gwe, terwijl het eerste artikel voorschrijft dat voor belastingverordeningen van de gemeenten Koninklijke goedkeuring vereist is. Indien men bedenkt dat het Ministerie van Binnenlandse Zaken er al zwaar aan tilt dat de gemeentebesturen belastingen heffen zonder dat de Koninklijke goedkeuring tijdig is verkregen, of zelfs zonder dat die is aangevraagd – zie b.v. circulaire van 12 mei 1982 55) – hoe veel te meer zal dat zijn indien belasting wordt geheven, zelfs zonder een verordening die dat expliciet mogelijk maakt.

De staatssecretaris van Binnenlandse Zaken schrijft in een brief aan de minister van Justitie d.d. 10 februari 1983 56) over gemeentelijke belastingheffing zonder Koninklijk goedgekeurde verordening: „In het meest extreme geval heft een gemeente of een provincie belasting zonder dat er een verordening – indien aanwezig – ter verkrijging van de Koninklijke goedkeuring is voorgedragen. In deze situatie kan er sprake zijn van het doelbewust contra of extra legem heffen van belasting".

Haarscherp omschrijft de staatssecretaris de situatie waarmee ik mij in dit artikel bezighoud. Ik zal mij niet bezighouden met de sancties die de rijksoverheid op grond van de Gemeentewet ter beschikking staan, zoals het weigeren de gemeentelijke begroting goed te keuren, het schorsen of vernietigen van raads-

50) Zie ook art. 3.2.8. NBW.

51) Spier, op. cit., blz. 137.

52) Traas, op. cit., blz. 9.

53) Zie noot 5.

54) Zie b.v. de literatuur aangehaald in noot 34.

55) Volledig geciteerd door J.W. Zwemmer, Knevelarij, een misdrijf of een ambtelijk verzuim, *NJB*, maart 1984, afl. 11, blz. 326-329.

56) Idem.

besluiten enz., omdat ik de strafrechtelijke kant interessanter vind.

In de hiervoor genoemde circulaire van 12 mei 1982 stelde de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken dat toepassing van een niet Koninklijk goedgekeurde belastingverordening onder omstandigheden een strafbaar feit kan opleveren als omschreven in art. 366 van het Wetboek van Strafrecht. Deze bepaling luidt als volgt: „De ambtenaar die in de uitoefening zijner bediening als verschuldigd aan hem zelve, aan een ander ambtenaar of aan enige openbare kas, vordert of ontvangt of bij eene uitbetaling terughoudt hetgeen hij weet dat niet verschuldigd is, wordt, als schuldig aan knevelarij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren”.

Wellicht een beetje van zijn eigen moed geschrokken, wendde de staatssecretaris zich vervolgens tot de minister van Justitie bij de hiervoor al ter sprake gebrachte brief van 10 februari 1983 om van deze te weten hoe hij oordeelde over de toepasbaarheid van het knevelarij-artikel, met name voor verschillende door hem beschreven situaties. Het antwoord van de minister, gedateerd 6 april 1983 (57), kwam vermoedelijk als een koude douche. De minister van Justitie voelde kennelijk niets voor vervolging en stelde dan ook ronduit dat hij de opportuniteit daarvan niet aanwezig achtte.

Zwemmer, aan wiens artikel 58) ik het bovenstaande heb ontleend, veegt de vloer aan met de argumentatie van de minister. Ik beperk mij tot drie punten. Volgens de minister moet men weinig gebruikte strafrechtbepalingen als het knevelarij-artikel niet toepassen „in gevallen waarvoor zij naar men mag aannemen kennelijk niet in de eerste plaats geschreven zijn”. De tekst van het artikel dat o.a. spreekt over onverschuldigde betalingen aan enige openbare kas is met die mening evenwel in duidelijke tegenspraak. Voorts doet de minister een beroep op de overbelasting van het justitiële apparaat. Maar, zo zegt Zwemmer terecht, als het artikel zo weinig voorkomt, dan is er van die overbelasting geen sprake. Zou het wel veel voorkomen dan zou daar uit een oogpunt van preventie iets aan moeten worden gedaan.

Het derde punt betreft de argumentatie van de minister dat het niet of niet tijdig aanvragen van de Koninklijke goedkeuring op een gemeentelijke belastingverordening veeleer als bestuurlijk verzuim moet worden beschouwd dan als knevelarij. Want wat is immers dat laatste — en dan haalt de minister Van Dale's *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* aan —: in de eerste plaats afpersing van geld of goed door machtsmisbruik. De kritiek van Zwemmer dat de minister de definitie van Van Dale voorrang doet hebben boven de duidelijke delictsomschrijving in het Wetboek van Strafrecht laat ik nu maar ter zijde. Al zou de minister de door hem beschreven situatie terecht als bestuurlijk verzuim kwalificeren, dat neemt niet weg dat de door hem aan Van Dale ontleende uitleg van de delictsomschrijving toch wel van toepassing lijkt op de situatie die ik in dit artikel bespreek. Hoewel ik met Hofstra (59) aanneem dat men niet te snel van fiscale systeemisdrijven moet spreken, acht ik het derhalve niet uitgesloten dat daarvan in dit geval sprake zou kunnen zijn, gesteld uiteraard dat kan worden aangetoond dat er sprake is van opzet of toerekenbare schuld. Omdat ik mezelf onvoldoende goed in het strafrecht thuis voel, wil ik het hierbij laten, het aan deskundigen overlatend tot een beter gefundeerd oordeel te komen.

Slotopmerking

Ik heb geprobeerd het probleem van te hoge prijzen voor gas, water en elektriciteit met de noodzakelijke nuances te benadren. Met name dient zorgvuldig te worden onderzocht of er sprake is van een monopoliepositie en of de prijzen te hoog zijn. Indien dat het geval is, dan moet men stellen dat van die positie misbruik wordt gemaakt en dat een recht op terugvordering van het prijsexcedent ontstaat, dat tegen de gemeente wegens onwettige belastingheffing door hogerhand moet worden opgetreden en dat de verantwoordelijke bestuurders en hun ambtenaren wellicht zelf strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.