

Het vraagstuk der gemeentemonopolies in het belang der volksgezondheid, hoofdzakelijk beschouwd in het licht van de nieuwe opvattingen in zake de bedrijfsvrijheid

DOOR

Mr. H. DOOYEWEERD

De begrippen bedrijfsvrijheid en overheidstaak hebben in den laatsten tijd wel een radicale ontwikkeling doorgemaakt, zoowel in de hoofden der theoretici, als in de praktijk van het staatsleven. Het individualisme van de Manchester-school onder het patronaat van een DARWIN en den wijsgeer HERBERT SPENCER is sinds lang dood en begraven; het oude denkbeeld van een in haar wezen absolute bedrijfsvrijheid, waartegenover de overheid geen andere roeping zou hebben dan de excessen in de uitoefening te keeren, bleek bij een gewijzigden maatschappelijken onderbouw weinig meer waard dan het op stoïcijnschen bodem gewassen begrip van den absoluten eigendom, ons door de Romeinsche juristen overgeleverd.

De vraagstelling is ook een andere geworden: het probleem luidt niet meer aldus: „Mag de overheid in de bedrijfsvrijheid ingrijpen?” maar: „Hoever moet zij ingrijpen?”: De Chineesche muur om het heiligdom der individualisten is weggebroken! Men is tot het inzicht gekomen, dat de vrijheid van bedrijf bij het gewijzigd maatschappelijk beeld niet langer is te construeeren als een *subjectief recht* en stelt voor die constructie in de plaats — en dat gaarne met een beroep op zijn positivistisch-realistische wereldbeschouwing — het zgn. *feit* dat de bedrijfsvrijheid niet anders is dan een *sociale functie*. Dat men hiermede een nieuw begrip uit de metaphysische wereld binnenloodst ontgaat den meesten die onder bekoring van de leer van AUGUSTE COMTE en LÉON DUGUIT wanen met alle metaphysica te hebben afgerekend. De fout van DUGUIT is deze, dat hij meent „het feit van de sociale functies” door een empirisch onderzoek van de maatschappelijke gegevens te kunnen constateeren (1), terwijl hij inderdaad niet anders doet dan een nieuwe *constructie* van het rechtsleven opbouwen, die evenals iedere andere constructie „kritische Würdigung”

(1) Vgl. o.a. LÉON DUGUIT. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912, pag. 25: „Il est à la fois réaliste et socialiste: réaliste, puisqu'il repose sur le fait de la fonction sociale observé et constaté directement”.

behoeft. Een onderzoek van de vraag of de constructie van de sociale functie in haar algemeenheid dienst kan doen ter vervanging van de leer der subjectieve rechten, ligt — hoe aanlokkelijk ook — buiten het bestek dezer studie. Wij volstaan voorshands met de opmerking, die wij zoo aanstonds nader hopen te adstrueeren, dat althans op het gebied der bedrijfsvrijheid de leer van het subjectieve recht heeft afgedaan. Afgezien van haar wijsgeerige onmogelijkheid, waarover straks nog een enkel woord (1), hebben de feiten haar onhoudbaarheid aangetoond en men aanvaardt voorshands bij wijze van juridische werkhypothese de nieuwe constructie als sociale functie.

Onder invloed van bovenbedoelde begripsontwikkeling en door den drang der omstandigheden is in den laatsten tijd het vraagstuk der staats- en gemeentemonopolies in tot nu toe ongekende mate op den voorgrond gebracht. De tijd, dat het optreden van Mr. TREUB, die als wethouder van Amsterdam het eerste gemeentebedrijf in het leven riep, nog algemeene beroering in den lande verwekte, schijnt reeds ver achter ons te liggen. Voor ons begrip schijnt het thans „simple comme bonjour”, dat de gemeente bedrijven tot zich trekt, die van nature een monopolistisch of publiek karakter dragen. Weinigen zullen b.v. meer principieel verzet bieden tegen gemeentelijke naasting van het gas- electriciteits-, het telefoon- of trambedrijf.

Het probleem der overheidsmonopolies is echter den laatsten tijd een nieuw stadium ingetreden sinds — nu niet langer in theorie, maar rechtstreeks voor de praktijk van het staatsleven — de vraag werd opgeworpen, of de overheid ook beslag mag leggen op bedrijven, die van nature niet voor naasting zijn aangewezen.

Een dergelijke naasting laat zich denken uit verschillende beweegredenen. Zij kan geschieden rechtstreeks of zijdelings ter vervulling van de overheidstaak. Bij het laatste denken wij aan de zoogenaamde *fiscale monopolies*, d. w. z. zulke welke door de overheid — in casu den Staat — worden gevestigd tot stijving harer financiën om daardoor de middelen tot vervulling harer taak te vinden. Over deze monopolies, die in verschillende rijken reeds bestaan en die hier te lande een verdediger vonden in minister TREUB met zijn bekende plannen voor een staatsassurantiebedrijf, wenschen wij hier niet te spreken (2).

(1) Zie hieronder blz. 16/17.

(2) Belangstellenden mogen wij verwijzen naar het proefschrift van Mr. W. G. KOSTER, *Fiscale Monopolies*, 1918, Vrije Universiteit en naar het werkje: *Monopol- und Monopolsteuern* (Leipzig 1916), van EDUARD GOLDSTEIN. Zie ook het referaat van Prof. Mr. P. A.

Wij willen ons uitsluitend bezig houden met de vraag of het in verband met de tegenwoordige begrippen van bedrijfsvrijheid geoorloofd is te achten, dat de overheid, in dit geval de gemeente, een bedrijf naast, dat niet uit zijnen aard voor een dergelijke exploitatie is aangewezen, doch waarop zij alleen beslag legt, omdat dit naar hare meening strekt tot *rechtstreeksche vervulling van haar taak als overheid, de bevordering van de volkswelvaart en de volksgezondheid*. In het bijzonder het laatste motief, de bevordering der volksgezondheid, vraagt onze aandacht, sinds de gemeente Zaandam plannen ontwierp voor eene centraliseering van het melkbedrijf, terwijl ook Amsterdam reeds een dergelijke centraliseering begon voor te bereiden.

De bedoeling van de invoering van zulk een gemeentelijk monopolie is, zooals bekend, op afdoende wijze het gevaar te kunnen bezweren van de verspreiding van typhus door verkoop van ongestertiliseerde melk.

Behoorlijke contrôle van gemeentewege werd onmogelijk geacht, zoolang het melkbedrijf in particuliere handen bleef en zoo moest de gemeente — het nieuwe factotum — door naasting van het bedrijf het gevaar voor de volksgezondheid bezweren.

Intusschen was men in socialistische kringen — waar het denkbeeld begrijpelijkerwijze algemeen werd toegejuicht — niet geheel gerust op het stuk der wettigheid van een dergelijke naasting en de behandeling van de Warenwet in de Tweede Kamer der Staten-Generaal was een welkome gelegenheid om zich te dezen aanzien zekerheid te verschaffen. Dr. VAN DER WAERDEN bond de kat de bel aan en diende op art. 15 van het wetsontwerp een amendement in om aan het slot van genoemd artikel toe te voegen: „4. Wij behouden Ons voor onder de voorwaarden, die Wij noodig achten, aan een gemeenteraad toe te staan, *in het belang van de volksgezondheid* den invoer van een bepaalde waar in de gemeente slechts voorwaardelijk toe te staan, en te verbieden, dat andere dan door burgemeester en wethouders daarvoor aangewezen personen die waar binnen de gemeente verkoopen, afleveren of ter aflevering voorhanden hebben. Het bepaalde in het tweede lid van art. 6 vindt overeenkomstige toepassing” (1).

DIEPENHORST, Overheid en bedrijf, gehouden op het tweede Christelijk Sociaal Congres (10—13 Maart 1919) te Amsterdam en de prae adviezen over de vraag: Is invoering van staatsmonopolies ter versterking van de staatsinkomsten wenschelijk? Zoo ja, welke monopolies zouden dan daarvoor in aanmerking komen? door Prof. Mr. P. J. M. AALBERSE, Prof. Mr. Dr. A. VAN GIJN en F. M. WIBAUT. 's-Gravenhage 1918.

(1) Vgl. Gedrukte Stukken no. 13 Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1918/9.

Cursiveering van ons.

De voornaamste beteekenis van dit amendement school in het door ons gecursiveerde gedeelte. Ware het aangenomen, zoo zou aan gemeentelijke monopoliseering niet slechts van het melkbedrijf, doch ook van andere bedrijven, die in particuliere handen uit het oogpunt der volksgezondheid niet geheel veilig werden geacht, een wettelijke grondslag zijn geschonken onder voorbehoud slechts van autorisatie door de Kroon. Het amendement, welks verdediging door den heer VAN DER WAERDEN was opgedragen aan zijn partijgenoot SCHAPER ontmoette in de Kamer bezwaren van verschillende aard en van verschillende zijden.

Sommige leden hadden bedenkingen van principieel-socialen aard, waarbij de oude kwestie der bedrijfsvrijheid weder op het tapijt kwam; een ander lid had bezwaren uit het oogpunt van wetstechniek, terwijl weder anderen, wien de strekking van het amendement op zich zelve niet antipathiek was, het een inbreuk achtten op de gemeentelijke autonomie gewaarborgd bij art. 135 der Gemeentewet. Daar de voorstellers zich met laatstbedoeld argument konden verenigen, werd het amendement ten slotte door den heer SCHAPER met machtiging van den heer VAN DER WAERDEN ingetrokken.

Een formeel-wettelijken grondslag hebben dus de gemeentelijke monopolies, gevestigd in het belang der volksgezondheid, niet gekregen.

Intusschen dient het argument, waarvoor de heeren VAN DER WAERDEN en SCHAPER zwichtten — het mocht inderdaad „plus royaliste que le roi” genoemd worden, waar het kwam uit den mond van een anti-revolutionair (1) — aan alle zijden bekeken te worden, wijl maar niet voetstoots kan worden toegegeven, dat de Gemeentewet feitelijk geen anderen waarborg aan de bedrijfsvrijheid biedt dan deze formeele, dat de door de gemeente gestelde beperkingen niet op het gebied van den rijkswetgever mogen komen.

Praealabel aan deze vraag is echter het onderzoek naar de al of niet juistheid van de stelling, dat uit de techniek van de Warenwet (en speciaal daarin art. 15), de onwettigheid van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid als dat van het melkbedrijf voortvloeit. M.a.w. of door art. 15 van genoemde wet de in het amendement VAN DER WAERDEN belichaamde stof tot „rijkszaak” is gestempeld.

De stelling werd in de Kamer geponeerd door den heer DRESSELHUIJS, wiens argumenten wij hier echter buiten beschouwing kunnen laten, daar zij de kern van de zaak niet raakten en bovendien op een misverstand moesten berusten, daar zijn betoog zich beperkte tot gemeentelijke verordeningen

(1) Mr. RUTGERS.

op het vervoer van waren, terwijl het amendement-VAN DER WAERDEN hierover niet sprak.

De kwestie van de al of niet wettigheid van gemeentemonopolies in het belang der volksgezondheid — des Pudels Kern — roerde de afgevaardigde niet aan (1).

De heer RUTGERS, die in dezelfde Kamerzitting na den heer DRESSELHUYTS het woord voerde, nam een standpunt in lijnrecht tegenovergesteld aan dat door den laatste verdedigd.

Volgens hem was het onderwerp van het amendement-VAN DER WAERDEN een geheel ander dan het in art. 15 der Warenwet geregelde en hij trok uit deze stelling de zeker eenigszins voorbarige conclusie, dat het amendement overbodig en de gemeentelijke wetgever zoowel voor als na het tot stand komen van de wet bevoegd was datgene te doen, wat de heer VAN DER WAERDEN uitdrukkelijk wenschte te sanctioneeren (2).

Afgezien van deze conclusie schijnt de stelling van Mr. RUTGERS ons echter moeilijk voor betwisting vatbaar, tenzij men over de beteekenis van art. 150 der Gemeentewet een verouderde theorie huldigt.

Het nieuwere standpunt zoewel in de litteratuur als in de jurisprudentie (3) is toch dit, dat de vraag of een gemeentelijke regeling treedt in hetgeen van provinciaal of rijksbelang is, uitsluitend wordt beheerscht door het *motief* dat aan de hoogere regeling ten grondslag ligt. Het komt er dus volgens deze opvatting slechts op aan of de hoogere wetgever de stof heeft aangemerkt als in haar ganschen omvang tot zijn gebied te behooren of wel dat hij haar uit één oogpunt, met het oog op één belang heeft geregeld en zich voorgesteld, dat zij ook kanten heeft, die voor gemeentelijke regeling in aanmerking komen (4). Men formuleert deze stelling dan wel

(1) Zie Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1918/9, blz. 2636.

(2) Handel. t. a. p. blz. 2636 en 2637.

(3) Zooals bekend, huldigt de H. R. constant de opvatting, dat de vraag in hoeverre een verordening treedt in hetgeen van rijks- of provinciaal belang is, aan het oordeel van de rechterlijke macht is onttrokken, doch dat door geen wettelijk voorschrift de rechterlijke macht is ontheven van de verplichting, om buiten toepassing te laten de bepaling eener verordening, waarin de gemeenteraad de perken, hem bij art. 150 Gemeentewet gesteld, heeft overschreden. Zie o. a. arresten H. R. 21 Maart 1910, W. 9004, 5 Februari 1912, W. 9295 en 25 Maart 1912, W. 9322.

(4) Vgl. OPPENHEIM, Gemeenterecht dl. I, 4e druk (1913), blz. 369 vlg. In gelijken zin o. a. Mr. C. F. J. GOMBAULT in zijn artikel: *Getijktijdige bestaanbaarheid van verordening naast Rijkswet, beide hetzelfde onderwerp regelende* (W. v. h. R. jrg. 1918, no. 10311). Zie voorts de beide arresten van den H. R. van 1 April 1912, W. 9323, en 30 Juni 1913, W. 9524.

aldus, dat de gemeentelijke wetgever aanvullende legislatieve bevoegdheid heeft ten aanzien van de *punten*, doch niet ten aanzien van het *onderwerp* van de hoogere regeling.

Welnu, de bedoeling van den wetgever is, zooals duidelijk blijkt, niet geweest in art. 15 der Warenwet, de stof welke voor eventueele gemeentelijke regeling in aanmerking zou kunnen komen, in haar vollen omvang te regelen. Een enkele blik op het hieronder afgeschreven artikel moge hiervan overtuigen. Het luidt aldus:

„1. Wij behouden Ons voor, zoo dikwijls Wij dat in het belang van de Volksgezondheid noodig achten, bij algemeenen maatregel van bestuur:

a. de zelfstandigheden, voorwerpen of gereedschappen aan te wijzen, waarvan bij de bereiding, vervaardiging of samenstelling van waren, bij dien maatregel aangewezen, niet of slechts met inachtneming van bij dien maatregel te stellen voorwaarden gebruik mag worden gemaakt;

b. eischen te stellen, waaraan bij de bereiding, verpakking, bewaring, behandeling of vervoer van waren, bij dien maatregel aangewezen, moet worden voldaan;

c. eischen te stellen, waaraan de waren, bij dien maatregel aangewezen, moeten voldoen.

2. Wij behouden Ons voor, voorschriften van zoodanigen maatregel van bestuur onder de daarbij te stellen voorwaarden niet van toepassing te verklaren op waren, die bestemd zijn voor uitvoer.

3. Wij behouden ons voor, aan gemeenteraden toe te staan, eischen te stellen, waaraan eene bepaalde waar moet voldoen.”

Dit artikel spreekt, evenals verder de geheele wet, noch over invoer in een bepaalde gemeente, noch over de wijze van verkoop. Dit zijn punten, waarop blijkbaar aan den gemeentelijken wetgever vrijheid van beweging is gelaten.

De regeling voorgeschreven in de Warenwet kan immers moeilijk een andere beteekenis hebben dan die van het stellen van minimum-waarborgen voor de volksgezondheid. Wil een gemeente met het oog op hare plaatselijke omstandigheden die waarborgen verscherpen, zoo kan daar op zich zelf geen enkel bezwaar tegen worden ingebracht mits zij slechts aan het onderwerp van de wet niet raakt. aan de door de wet gestelde eischen voldoet en mits haar aanvullende regeling niet in strijd kome met het in andere wetten bepaalde of met het algemeen belang. Dit vloeit voort uit de door de Grondwet aan de gemeenten gewaarborgde autonomie. De bedoeling van den wetgever was de *keuring van waren* te regelen. Op dit gebied is dus aanvullende bevoegdheid van den gemeentelijken wetgever uitgesloten. voorzover de Warenwet ze hem niet zelve toekent. Doch een gemeentelijke centraliseering van het melkbedrijf raakt niet het onderwerp van

de Warenwet, doch beoogt slechts door een drastische regeling van den verkoop de keuring mogelijk te maken. Het onderwerp van de genoemde wet en dat van een gemeentelijke verordening tot monopoliseering van het melkbedrijf is totaal verschillend.

Onze voorloopige conclusie is dus deze: *Op grond van art. 150 der Gemeentewet in verband beschouwd met art. 15 der Warenwet kan de vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidsexploitatie aangewezen bedrijf of onderneming niet worden bestreden.*

Thans komt echter eerst de neteligste vraag aan de orde: *Is uit het oogpunt der bedrijfsvrijheid tegen een dergelijk gemeentelijk imperialisme op economisch gebied bezwaar in te brengen?* Het geldt hier vanuit wettelijk standpunt bezien de interpretatie van art. 135 der Gemeentewet. Voor wij in een nader onderzoek dezer kwestie treden, herinneren wij nogmaals aan de opmerking in den aanvang dezer studie gemaakt. Bij het stellen der vraag dienen wij te bedenken, dat de begrippen omtrent bedrijfsvrijheid en overheidstaak belangrijk gewijzigd zijn en dat volgens die nieuwe opvatting vrijheid van bedrijf vanuit juridisch standpunt niet dient te worden beschouwd als een absoluut subjectief recht, waarbij slechts concessies aan de praktijk zijn te doen ter voorkoming van een anarchie op economisch gebied, doch als een sociale functie, een factor ten dienste van het algemeen belang.

Vanzelfe richt zich dus bij eene eventueel bevestigende beantwoording der gestelde vraag het oog op de Kroon, aan wie door art. 153 der Gemeentewet het zwaard der vernietiging in de hand is gegeven. Zij alleen zal ons tegen een schadelijke inperking der bedrijfsvrijheid, tegen een gemeentelijk annexionisme op economisch gebied kunnen beschermen.

Wij willen ter adstructie van bovenstaande stelling in het kort nagaan, hoe de nieuwe opvattingen in zake de bedrijfsvrijheid zich hier te lande hebben baan gebroken. Men vergeve ons hiertoe een historischen „Abstecher“.

Zooals bekend, was de vrijheid van bedrijf vroeger grotendeels wettelijk geregeld.

Art. 2 van de Patentwet van 21 Mei 1819 (*Stbl.* n^o. 34) bepaalde: „Het patent zal den persoon, aan wien hetzelve is verleend, bevoegdheid geven, om gedurende den tijd, waarover hetzelve is uitgegeven, den daarin vermelden handel, bedrijf, beroep of nering allerwege, waar hij zulks zoude mogen verkiezen, uit te oefenen; echter zullen de patenten, welke aan eenig persoon mogten zijn uitgereikt wegens beroepen of bedrijven, waarvan de uitoefening aan denzelven, door of uit kracht van 's lands wetten of door Ons goedgekeurde verordeningen, hetzij bepaaldelijk, hetzij voorwaardelijk, is of zoude kunnen worden verboden, van geen kracht zijn“.

Wij vinden hier een wettelijke erkenning als subjectief recht van de vrijheid om een patentplichtig bedrijf uit te oefenen. Vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een van nature niet voor overheidsexploïtatie aangewezen bedrijf, was derhalve, zoolang de Patentwet in kracht was, kortweg onmogelijk, voorzover de bevoegdheid daartoe niet uitdrukkelijk bij een wet was toegekend.

Beschouwen wij de Patentwet in het licht van het toenmaals bestaand bedrijfsleven, dan blijkt zij ook geheel te passen in het kader van dien individualistischen tijd. Van samenwerking van collectieve organisatie was zoo goed als niets te bespeuren: onbeperkte concurrentie was in iederen tak van industrie of handel het wachtwoord.

Het bedrijfsleven was geheel privaatrechtelijk georganiseerd, ieder ondernemer bewoog zich als het ware in een autonome sfeer, waar de overheid en de rechterlijke macht haar handen van hadden af te houden, zoolang geen inbreuk werd gemaakt op de rechten van andere individuen. De subjectiefrechtelijke opvatting van de bedrijfsvrijheid, zooals zij in de Patentwet was belichaamd, vond dus, afgezien van haar al — of niet theoretische juistheid, haar feitelijken grondslag in den maatschappelijken onderbouw.

Toen de Patentwet in 1893 was ingetrokken bestond geen wetsbepaling meer, die de vrijheid van bedrijf uitdrukkelijk waarborgde.

De subjectiefrechtelijke opvattingen bleven te dezen aanzien echter bij velen voortleven. In het maatschappelijk leven begonnen zich langzamerhand wel meer sociale tendenzen te openbaren, doch de organisatie bleef voorshands nog overwegend privaatrechtelijk. Wettelijk gewaarborgd was de bedrijfsvrijheid niet meer, maar in de leer van het *onbeschreven recht* leefde de oude opvatting voort. Sommigen wenschten zelfs weer het recht op vrije bedrijfsuitoefening opnieuw bij de wet te zien geregeld. Zoo stelde Mr. J. A. LEVY bij de behandeling van de wet tot invoering eener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten in de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 21 Juni 1893 voor om als slotbepaling in de wet een nieuw artikel op te nemen, luidende: „De vrijheid om, waar de belanghebbende het verkiezen mocht handel, beroep, nering of bedrijf uit te oefenen, wordt binnen de grenzen door de wet gesteld, gewaarborgd”, een bepaling dus van nog verder strekking dan het bovengenoemd artikel van de Patentwet, dat immers alleen den houder van een patent de vrije bedrijfs-oefening verzekerde.

Mr. LEVY rekende het den grondwetgever eenigermate tot een grief, dat in het vijfde hoofdstuk onzer constitutie geen plaats was verleend aan de vrijheid van nering en bedrijf

behoudens de beperkingen, die het algemeen belang zou vorderen. Hij wenschte blijkens de toelichting bij zijn amendement gegeven de rechterlijke macht evenals tot dusverre de gelegenheid te bieden om gemeenteverordeningen die op de handelsvrijheid overmatige inbreuk maakten buiten toepassing te laten daar de Regeering blijkbaar van haar vernietigingsrecht een te spaarzaam gebruik maakte (1).

Het amendement werd weliswaar door den voorsteller ingetrokken, doch hij was in 't geheel niet overtuigd, dat de bescherming der bedrijfsvrijheid bij de Regeering inderdaad in veilige handen was, getuige zijn interpellatie in de zitting van 12 December bij de beraadslaging over hoofdstuk V der begrooting voor het jaar 1894 over de vraag hoe het kwam, dat op dat oogenblik nog van kracht waren verordeningen, die de vrijheid van handel, nering en bedrijf, meer dan geoorloofd was, aan banden legden. Het loont de moeite, om een blik te krijgen in de opvattingen van die dagen eens de debatten na te lezen, die zich naar aanleiding van deze interpellatie in de Kamer ontsponnen. De leer van het onbeschreven recht werd sterk op den voorgrond gesteld door den toenmaligen Minister van Binnenlandsche Zaken, die zich bij zijn beantwoording van den heer LEVY aldus uitliet: „De vrijheid van bedrijf en nering hier te lande is een van die onbeschreven rechten der ingezetenen, welke geen afzonderlijken waarborg noodig hebben in de wet, maar die zonder wettelijk voorschrift gesteld zijn onder de hoede van het staatsgezag” en even verder: „Er zal wel geen Regeering gevonden worden, die zoude toelaten, dat door de gemeentebesturen op die vrijheid schadelijke inbreuk werd gemaakt, verordeningen in het leven werden geroepen, die verder zouden gaan dan te waken voor de openbare orde, de zedelijkheid en de gezondheid in de gemeente” (3).

De laatste opmerking zal iedere Regeering heden ten dage zeker nog gaarne onderschrijven. De vraag is maar: Hoe moet art. 135 Gemeentewet worden geïnterpreteerd?

Gaan wij de praktijk dier dagen na, dan blijken de klachten door den heer LEVY ook wel eenigszins overdreven. De Hooge Raad, in wiens scherprechtersgestrengheid de afgevaardigde zulk een onbeperkt vertrouwen stelde, huldigde somtijds ten aanzien van de bevoegdheid der gemeentebesturen in het maken van vrijheidknottende verordeningen een meer vrijgevig opvatting dan rechterlijke colleges van lager rang en de Regeering. Lezing van een aantal door

(1) Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1892/3, blz. 1546—1550.

(2) T. a. p. blz. 425/6, 431/2, 435/6, 438/9 en 443 tot 445.

(3) T. a. p. blz. 435 vlg.

OOSTERWIJK-BOISSEVAIN aangehaalde beslissingen uit dien tijd kan hiervan overtuigen (1) en ook een aantal beslissingen der Regeering van veel jonger datum dan de door genoemde schrijvers geciteerde bewijzen voldoende, dat mede door de administratieve macht naar eisch voor de handhaving der door de Patentwet gewaarborgde handelsvrijheid werd gewaakt (2).

Intusschen was nog onder vigeur van de Patentwet een wet tot stand gekomen, die de vrijheid in de uitoefening van voor de volksgezondheid of anderszins schadelijke bedrijven aan ingrijpende beperkingen onderwierp. Wij bedoelen de *Hinderwet* van 1875, die voor de uitoefening van bedoelde bedrijven de vergunning van het betrokken gemeentebestuur eischte. Bij de wijziging van deze wet bij de wet van 24 Juni 1901, S. 161, werd door toevoeging van een nieuw derde lid aan art. 4 voor het eerst uitdrukkelijk de vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidsexploïtatie aangewezen bedrijf gesanctioneerd. In dit nieuwe lid werd de gemeenteraad bevoegd verklaard bij plaatselijke verordening „in het belang der openbare orde, veiligheid of *gezondheid* te verbieden eene slachterij, vilderij, penserij, drogerij, rookerij of zouterij van dierlijke stoffen, of eene inrichting bestemd tot bewaring of verwerking van bloed of dierlijken afval op te richten, te hebben of te gebruiken, indien in de gemeente eene inrichting aanwezig is, waarin belanghebbenden onder eveneens bij verordening vastgestelde voorwaarden, het bedrijf kunnen uitoefenen, waartoe eene inrichting wordt vereischt als bij verordening verboden” (3) (Cursiveering van ons).

De wetswijziging bewees wel, hoezeer de oude opvattingen in een overgangsstadium begonnen te komen.

De mogelijkheid tot gemeentelijke centraliseering van een op zich zelf noodzakelijk bedrijf paste o. i. reeds niet meer in een subjectiefrechtelijke constructie der bedrijfsvrijheid.

Twee jaren later werd nogmaals, thans door Minister KUYPER, een poging gewaagd, om de bedrijfsvrijheid te waarborgen tegen gemeentelijke usurpatie e. w. in het wets-

(1) Zie o. a. OOSTERWIJK—BOISSEVAIN, Gemeentewet, 706 en 707, 712 en 713, 821 en 822.

(2) Vgl. Weekblad voor de Burgerl. Administratie, nos. 2324 en 2325: Bescherming der vrijheid van arbeid, handel, nering, beroep en bedrijf.

(3) De aanleiding tot deze wijziging was het arrest van den Hoogen Raad van 11 Februari 1901 W. no. 7547 betreffende de verordening, vastgesteld door den gemeenteraad van Groningen in zijne vergadering van 17 Febr. 1900. Vgl. hierover Bijlagen Handel Tweede Kamer der Staten Generaal, zitting 1900/1 no 183,3. Zie voorts De Gemeentestem nos. 1584, 1586 en 1587 het artikel: *Gemeentelijke abattoirs* en Weekbl. v. d. Burger. Administratie no. 1647.

ontwerp van 21 November 1903, waarin een afzonderlijke titel opgenomen was over de gemeentelijke bedrijven (1). Dit wetsontwerp was voor zooveel bedoelden titel betreft, in zekeren zin een tegenhanger van de Patentwet, inzoover de laatste waarborgen trachtte te geven door een rechtstreeksche erkenning van de bedrijfsvrijheid als subjectief recht, terwijl het ontwerp-KUYPER slechts indirect de bedrijfsvrijheid wilde beschermen door aan de gemeente bij het optreden als onderneemster paal en perk te stellen.

Over de kwestie der gemeentemonopolies liet het ontwerp zich niet uitdrukkelijk uit. Het spreekt echter van zelf, dat waar de gemeente blijkens de Memorie van Toelichting bij het ontwerp alleen bedrijven, die een wettelijk of feitelijk monopolie bezitten, zelve ter hand mocht nemen, zij, indien het ontwerp wet geworden was, nimmer een monopolie in het belang der volksgezondheid had mogen vestigen op een niet van nature voor overheidsexploitatie aangewezen bedrijf.

Het wetsontwerp ontmoette veel tegenstand en bereikte nimmer het Staatsblad. Het ging dan ook wel bezwaarlijk aan in een wet de gevallen te codificeeren, waarin de gemeente als onderneemster mag optreden, nog afgezien van de vraag of hierdoor ook niet een al te krasse inbreuk op de gemeentelijke autonomie zou zijn gemaakt (2).

Sindsdien zijn door den wetgever geen pogingen meer gedaan om de bedrijfsvrijheid hetzij rechtstreeks, hetzij indirect te beschermen. Zooals reeds gezegd, waren in het particuliere bedrijfsleven zelf langzamerhand tendenzen merkbaar geworden in de richting van een omvorming van de individualistische opvattingen. Terecht wijst Mr. TREUB in zijn onlangs verschenen boek *Vragen van dezen tijd* er op, hoe reeds lang voor het uitbreken van den oorlog de West-Europeesche maatschappij (en daaronder ook de onze) bezig was haar economischen grondslag te ontwikkelen in de richting eener georganiseerde samenleving, waarin gelijk belanghebbenden in allengs grooter getal en met allengs sterker ontwikkeld bewustzijn voor hunne gezamenlijke belangen in onderlinge samenwerking opkwamen (2). Wij gelooven niet ver van de waarheid te zijn, indien wij de hoofdaanleiding tot deze ontwikkeling zoeken in de voornamelijk onder invloed der socialistische

(1) Zie Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1903/4, bijlage no. 108.

(2) Vgl. OPPENHEIM, Het Nederlandsche Gemeenterecht, dl. I, 4e dr. (1913), blz. 487 en vlg.

(3) Mr. M. W. F. TREUB, *Vragen van dezen tijd*, 1919 (Tjeenk Willink, Haarlem), blz. 36. Dit werk is een verzameling artikelen, vroeger verschenen in *Vragen des Tijds*.

theorieën opgekomen vakorganisatie van de arbeidende klassen. Deze organisatie van een bepaalde categorie der producenten lokte immers talrijke tegenorganisaties van andere categorieën gelijkbelanghebbenden uit, allereerst van de werkgevers, en straks van de verbruikers die in coöperatie hun heil zochten tegen de onder zijdelingsche pressie der vakorganisaties steeds hooger opgevoerde prijzen. Straks schiepen de organisaties van patroons en arbeiders een stuk nieuw sociaal recht in de tegenwoordig zoo druk besproken *collectieve arbeidscontracten*, die ofschoon zij wettelijke sanctie ontbeerden, krachtig bijdroegen tot ondermijning van de privaatrechtelijke begrippen van bedrijfsvrijheid. Al deze uit het leven zelve opgekomen organisaties en regelingen brachten reeds geheel zonder aandrang van overheidswege een wezenlijke omvorming van de individueele bedrijfsvrijheid te weeg, doch schiepen ook een nieuwe taak voor de overheid in het beschermen van het algemeen belang, zoowel op het gebied der volkswelvaart als der volksgezondheid. Wij geven toe, dat de collectieve organisatie ten onzent bij het uitbreken van den oorlog nog lang niet in die mate ontwikkeld was en zich ook sedert niet ontwikkelde als b.v. in *Duitschland*, waar EDMUND FISCHER kon schrijven (zij 't al wellicht niet zonder eenige overdrijving), dat concurrentie en bedrijfsvrijheid tegenwoordig tot het verledene behooren (1), maar toch was zij reeds een belangrijke factor, die tijdens den oorlog zich op ieder gebied zou versterken. Dat de opvattingen der bedrijfsvrijheid met deze ontwikkeling gelijken tred moesten houden, spreekt vanzelf; de subjectiefrechtelijke leer moest in de practijk voet voor voet terrein verliezen en ten slotte in elkander storten, naarmate de collectieve idee in het bedrijfsleven begon door te werken. Zooals wij reeds opmerkten, dit was een proces van ondèren op, dat vanzelf de overheid (zoowel staat als gemeente) er toe bracht op andere en diepere wijze dan te voren in het bedrijfsleven in te grijpen. Ook de begrippen inzake de eischen der volksgezondheid maakten een geleidelijke ontwikkeling door: naast de individueele hygiëne werd de *sociale hygiëne* op den voorgrond gebracht en van de overheid verlangd, dat zij zich ook op dit gebied zou doen gelden.

Straks gaat onder dezen aandrang de rijkswetgever door een diep in de bedrijfsvrijheid ingrijpende sociale wetgeving over tot liquidatie van den faillieten boedel der subjectiefrechtelijke denkbeelden (1). De nieuwe *Arbeidswet* van minister AALBERSE betreedt een terrein, dat eertijds als onaanstastbaar heiligdom der particuliere vrijheid gold.

(1) EDMUND FISCHER, *Das Sozialistische Werden, Die Tendenzen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung* (1918), blz. 47.

Het gaat bij deze regelingen niet meer om een verdere inkrimping van een zoogenaamd subjectief recht, neen dat recht, dat in het particuliere bedrijfsleven reeds ten ondergang gedoemd was, wordt niet meer erkend. Want wil de subjectiefrechtelijke constructie eenige waarde hebben, dan moet men bij aanvaarding daarvan wel vooropstellen, dat er zekere *economische* sferen zijn, die althans onder normale omstandigheden, onschendbaar moeten geacht worden. Vallen ook deze sferen aan de bemoeiing van den wetgever ten buit, dan kan men misschien op het voetspoor der klassieke dogmatici nog spreken van „slapende rechten”, doch als die slaap een doodslaap blijkt, dan doet men bij een realistisch kijk op het leven toch verstandiger de dooden te begraven, dan ze onder uiterlijk vertoon van leven boven aarde te laten. Want niet alleen de rijkswetgever maar ook de gemeentelijke wetgever stoort zich aan een zoogenaamd subjectief recht der ingezetenen op vrije bedrijfsuitoefening niet meer en breidt zijn terrein uit zeker verre buiten de grenzen, welke THORBECKE hem in art. 135 der Gemeentewet bedoelde te stellen.

Historische interpretatie van dit artikel zou dan ook zeker tot de conclusie moeten leiden, dat de gemeentewetgever vaak zijn bevoegdheid te buiten ging, doch wie oog heeft voor de maatschappelijke ontwikkeling voelt tegelijkertijd, dat een dergelijke wetsuitlegging in haar absoluten vorm niet meer van dezen tijd is, wil men het recht niet tot een rem voor het leven maken (2).

Waar de bewoordingen van het wetsartikel ruimte laten, dient men in *critischen* lijn zich af te vragen niet welke interpretatie zich het meest aanpast aan de historische opvattingen van den wetgever, die zich voor een individualistisch georganiseerd maatschappijleven geplaatst vond, *maar welke interpretatie bij den gewijzigden maatschappijlijken onderbouw, het meest aan de idee van het recht beantwoordt.* En in het moderne rechtsbewustzijn, dat zoo al niet de bron, dan toch

(1) Een interessante historische schets van het tot stand komen der sociale wetgeving in Nederland sinds 1874 vindt men in de nog niet beëindigde artikelenreeks van Mr. Dr. J. H. VAN ZANTEN in De Sociale Voorzorg, jg. 1919, blz. 591 vlg. en 692 vlg., getiteld: Geschiedenis der Nederlandsche Arbeidswetgeving.

(2) De zoogenaamde *analytische interpretatiemethode*, op staatsrechtelijk gebied belichaamd in BUYS' standaardwerk, mag thans gelukkig een overwonnen standpunt heeten. Zij ruste in vrede! FRANÇOIS GENY (*Science et Technique en droit privé positif* (1913) dl. I blz. 26/7) kenschetst de ontwikkeling in dit opzicht kort en krachtig: *«de formelle et passive, qu'elle a été ou tendait à être, la méthode juridique c'est faite, critique et active; de telle sorte que ce qui n'était primitivement guère plus qu'une interprétation des sources tend à se muer en interprétation du droit lui même.»*

wel een *toetssteen* is van het positieve recht, past de leer van de bedrijfsprijzen als subjectief recht niet.

Hoe zou men, om slechts een enkel voorbeeld te noemen met de oude leer nog kunnen rijmen de talrijke gemeentelijke verordeningen op de *winkelsluiting*, door den Hoogen Raad in beginsel wettig verklaard (vgl. b.v. arrest van 25 Maart 1912, *W.* 9322).

Men moet wel een verstokte dogmaticus zijn, om een dergelijke overheidsbemoeiing nog te kunnen inschrijven in de constructie van een althans in haar wezen onbeperkte bedrijfsprijzen! Bovenbedoelde regelingen zijn in onze wetgeving echter wel te aanvaarden, indien men de stelling onderschrijft, dat de moderne rechtsstaat een bedrijfsprijzen als subjectief recht niet meer erkent, doch die vrijheid beschouwend als een sociale functie, haar bij een te kort schieten van den socialen tendenz in het particulier initiatief, omvormt naar de eischen van het algemeen belang, of om in andere terminologie te spreken, als men de privaatrechtelijke constructie prijsgeeft voor de publiekrechtelijke.

Ongetwijfeld is het bovengeschetst proces door het uitbreken van den wereldoorlog met zevenmijlslaarzen gevorderd.

Mr. TREUB merkt in zijn aangehaald werk op: „De maatschappij is onder den invloed van den oorlog veel sterker in het teeken der organisatie en socialisatie komen te staan. Slechts zij, die de teekenen des tijds niet verstaan, kunnen dit betwisten” (1). Hij wijst er op, hoe op grooten schaal een feitelijke omzetting heeft plaats gehad van de vrije onderneming in bedrijven, die uitsluitend in loondienst werkten van den Staat zooals dat het eerst met de meelfabrieken plaats greep (2).

Prijzetting, distributie en eigendomsbeperking waren aan de orde van den dag, het bedrijfsleven kreeg meer en meer het aanzien van een publiekrechtelijke organisatie, waarin de bedrijfsprijzen het kind van de rekening werd. En mogen al veel regelingen uit den oorlogstijd als „noodmaatregelen” bestemd zijn te verdwijnen, het denkbeeld eener publiekrechtelijke organisatie van het bedrijfsleven heeft zich reeds in onze begripswereld ingeburgerd (3).

(1) Mr. M. W. F. TREUB, t. a. p. blz. 53/4.

(2) T. a. p. blz. 6. Vgl. ook Economische Statistische Berichten van 19 Februari 1919, waarin de landbouwconsulent STERETEE mededeelt, hoe een groot aantal confectiefabrieken voor de Rijkskleedingvoorziening werken en hoe ook verschillende aardappeldrogerijen in het Noorden des lands feitelijk door de Regeering worden geëxploiteerd.

(3) Dat de Regeering met deze omstandigheid rekening houdt, getuige de toezegging door den Minister van Arbeid gedaan in de Memorie van Antwoord op het Voorloopig Verslag over hoofdstuk Xa

Slechts de in het moderne *leven* gewortelde publiekrechtelijke opvattingen zullen voortaan de overheid, hetzij Staat, hetzij gemeente, leiden ook bij beantwoording der vraag, hoever zij mag gaan in het beperken van de bedrijfsvrijheid in het belang der volksgezondheid.

Het komt mij voor dat de leer der sociale functie deze opvattingen, die tot nu toe meer intuïtief dan klaarbewust den wetgever leidden, het scherpst in begrip vat. Nadat wij hebben aangetoond, dat deze theorie klopt met de feiten, dient tenslotte het nieuwe functiebegrip aan een „kritische Würdigung” te worden onderworpen; wij moeten ons helaas beperken tot een enkele opmerking: De opvatting van de bedrijfsvrijheid als een subjectief recht is o.i. geheel afgescheiden van de vraag, of zij past bij een gegeven maatschappelijken onderbouw, wijsgeerig niet gefundeerd. Zij is naar onze meening een plant gewassen op revolutionnair-individualistischen bodem, die het wezen van het recht miskent. Immers ieder subjectief recht behoeft naar zijn formeele zijde een subject, een objectieven inhoud en een bepaalde relatie. De bedrijfsvrijheid kan echter geen objectieven inhoud vormen, omdat zij als het ware een *natuurlijke functie* is van de persoonlijkheid, van het subject zelf. Voor zoover de „natuurlijke” bedrijfsvrijheid voor het recht van belang is, is zij dat uitsluitend als *materie* — of om met GENY te spreken — als *donnée naturelle*, waaraan de wetgever met zijn objectieve rechtsregelen den *vorm* geeft. De rechts-idee eischt den sociaal willenden, den sociaal handelenden mensch; waar dit ideaal in ethischen zin niet is te bereiken, grijpt de rechtsnorm dwingend in; de natuurlijke, individueele functie der bedrijfsvrijheid dient zich naar de rechtsidee om te vormen in een sociale functie en wordt eerst daarmede gebracht binnen de bescherming van het *objectieve* recht. Dat de constructie als sociale functie de wezenlijke inhoud van het begrip bedrijfsvrijheid slechts eenzijdig (1) weergeeft, volgt reeds uit het voorgaande — zij omvat dit begrip slechts naar zijn juridisch differente zijde. Doch dit is voor den jurist, die practisch moet werken, voorloopig voldoende, mits

der staatsbegrooting voor 1920 in zake *de publiekrechtelijke regeling der collectieve arbeidsovereenkomsten*, waarbij dan tevens het vraagstuk der *economische bedrijfsorganisatie* aan de orde komt. Het kan moeilijk worden geloofend dat Prof. VERAART op dit gebied baanbrekend werk heeft verricht, hoe weinig overigens zijn stelsel van economische bedrijfsorganisatie mag bevreemden.

(1) Vgl. ALFRED FOULLÉE. — *La propriété comme fonction sociale et droit individuel*. Revue bleue 1908, pag. 737 vgl. en pag. 777 vgl. die de leer der sociale functie ten aanzien van den eigendom kritisch onderzoekt.

hij zich zijn eenzijdigheid bewust is. Slechts één ding moeten wij betwisten, dat die eenzijdigheid hierin zou schuilen, dat de constructie der bedrijfsvrijheid als sociale functie de beteekenis van het individu miskent. Het „algemeen belang” het richtsnoer, waarnaar de individueele vrijheid moet functioneeren is een *ethisch* begrip en staat als zoodanig niet tegenover het individueel belang, mits men ook dit laatste in ethischen zin vat en het niet identiek neemt met „eigen belang” als kruidenierszelfzucht! Het algemeen belang als ethisch begrip is gebaat bij eerbiediging der individueele vrijheid, mits die individueele vrijheid zich slechts ethisch rechtvaardigt door een sociale functioneering.

Wij hebben in vogelvlucht de historische ontwikkeling in de denkbeelden hier te lande ten aanzien van de bedrijfsvrijheid nagegaan en keeren met onze nieuwe begrippen toegerust terug tot de vraag, die ons bezig hield: Is de vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidexploitatie aangewezen bedrijf bestaanbaar met bovengeschetste nieuwe opvatting? De weg ter beantwoording is thans die der specialisatie. Een algemeen antwoord, dat slechts gebaseerd zou kunnen zijn op een verouderde historische interpretatie van art. 135 der Gemeentewet, is niet te geven, wanneer men de subjectiefrechtelijke opvatting van de bedrijfsvrijheid laat varen. Dan komt het er immers slechts op aan of het algemeen belang bij een dergelijke monopoliseering gebaat is, in de eerste plaats dus dat der volksgezondheid zelve en verder of geen ander mogelijk meer overwegend belang zooals dat van een behoorlijke functioneering van de ecomische constellatie zich er tegen verzet.

Bij onze specialiseering in de vraagstelling behoeven wij voorloopig nog niet ver te gaan. Behalve het bij de Hinderwet mogelijk gemaakte gemeentelijk monopolie op het slachten van vee, is de gemeentelijke centraliseering van het melkbedrijf voorzoover wij weten het eenig thans bestaande of althans zijn geboorte nabijzijnde gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid.

Waar we het eerstgenoemde als een wettelijk geoorloofd monopolie buiten beschouwing kunnen laten, kunnen wij ons dus verder tot de melkcentraliseering beperken. Het spreekt echter van zelf dat een gemeentelijke melkcentrale straks zeer goed zou kunnen worden gevolgd door een gemeentelijke vleesch-, visch- en groentencentrale en dat al zullen voor al of niet verwerping van dergelijke monopolies in het algemeen dezelfde gronden pleiten, toch ieder geval weer zijn eigenaardigheden zal bieden en dus afzonderlijk onder de oogen zal moeten worden gezien.

De vragen, die zich bij de beoordeeling van een dergelijk

monopolie in het licht waarin wij ons onderwerp beschouwden, aan ons opdringen zijn vierderlei:

1. de hygiënische;
2. de organisatorische;
3. de finantieele (die van de schadeloosstellingen);
4. de economische (die van een behoorlijke voorziening met de betrokken waar van de betrokken gemeenten).

De hygiënische vragen zijn goeddeels van technischen aard en wij zouden ons niet gaarne als deskundigen ter zake opwerpen. Met een enkele opmerking moge worden volstaan. Het komt er o. i. hier slechts op aan, of inderdaad de belangen der volksgezondheid door een centraliseering van het melkbedrijf afdoende zullen worden gewaarborgd en of zij op geen andere minder in de bedrijfsvrijheid ingrijpende wijze zullen kunnen beschermd worden. Wat dit laatste punt betreft, zal natuurlijk veel afhangen van plaatselijke toestanden. In een kleine gemeente zal b.v. de moeilijkheid van een afdoende contrôle op de pasteuriseering der melk zich in veel geringere mate voordoen als in een stad van de grootte van Amsterdam. Doch ook voor Amsterdam zal o. i., zoo men daar tot naasting wil overgaan, onweerlegbaar moeten worden aangetoond, dat de centraliseering van het melkbedrijf de eenig afdoende weg is om het kwaad van typhusverspreiding te keeren. Dit vloeit voort uit *onze* opvatting van de bedrijfsvrijheid als een sociale functie (1). Slechts zij, die in de bedrijfsvrijheid in het algemeen een anti-socialen factor zien zullen dezen bewijslast van zich af willen schuiven. Of inderdaad een gemeentelijke monopoliseering een *afdoend* remedie zou zijn, wagen wij intusschen te betwijfelen.

Terecht wees Minister AALBERSE tijdens de behandeling van het amendement-VAN DER WAERDEN bij art. 15 der Warenwet op het gevaar dat bij het centraal melkbedrijf een man, die nog niet als bacillendrager is ontdekt, oorzaak kan worden, dat zich een typhusepidemie voordoet niet in een betrekkelijk kleinen kring, maar onmiddellijk over de geheele gemeente. Of die moeilijkheid technisch is te onderwerpen, de Minister merkte het onder verwijzing naar de over het onderwerp bestaande literatuur op, is volstrekt nog niet opgelost. Dit zou technisch alleen mogelijk zijn met behulp van een pasteuriseerinrichting, die de melk pasteuriseerde in hetzelfde object, waarin zij bij de koe werd opgevangen, zoodat de melk niet meer zooals thans in flesschen werd gedaan, doch eenvoudig werd rondgedeeld in dezelfde

(1) Vgl. ook het prae-advies van Prof. Mr. P. J. M. AALBERSE, ten vorigen jare uitgebracht voor de Vereeniging voor de Staathuishoudkunde en de Statistiek.

Zie hierboven blz. 17.

bus, waarin de pasteurisatie heeft plaats gehad. In elk geval achtte de Minister het gevaar voor bacillendragers bij centralisatie veel grooter dan in het kleinbedrijf (1). Dit argument, dat door den heer SCHAPER „en bagatelle” werd behandeld, schijnt ons in ieder geval voldoende de overweging waard om maar niet voetstoots tot afdoendheid van het aangeprezen remedie te besluiten. Het geneesmiddel zou wel eens erger kunnen blijken dan de kwaal.

Doch mocht al blijken, dat inderdaad het door Minister AALBERSE gememoreerde bezwaar uit het oogpunt der volksgezondheid technisch ware te ondervangen en dat bovendien op geen andere wijze dan door centralisatie het gevaar voor typhusverspreiding op afdoende wijze zou zijn te bezweren, dan blijft nog de vraag of in dit geval wellicht geen overwegender belangen dan van de volksgezondheid zich tegen centralisatie zouden verzetten. Wij verwachten de tegenwerping, dat deze vraag toch weinig anders dan rhetorisch bedoeld kan zijn, omdat toch wel geen gewichtiger belangen denkbaar zijn dan die der volksgezondheid. Wij moeten hiertegen echter opmerken, dat het gevaar dat het vrije melkbedrijf voor de gezondheid oplevert, een *potentiele* factor is die zich slechts bij tijden — al is dit den laatsten tijd ook zeer vaak het geval — in werkelijke schade zal omzetten, terwijl uit de centralisatie, zooals wij zoo aanstonds hopen aan te toonen, blijvende *actuele* nadeelen voortspruiten en bovendien zeer ernstige nieuwe gevaren voor het volksbelang worden geschapen. De beantwoording der vraag of door een gemeentelijke centralisatie van het melkbedrijf het algemeen belang wordt gediend, eischt dat de verschillende door een dergelijke naasting met elkander in botsing komende belangen tegen elkander worden afgewogen en slaat de balans ten gunste van de door eventueele monopolisatie bedreigde belangen over, dan dient bedoeld monopolie ook onvoorwaardelijk te worden afgekeurd.

De vraag dringt zich op hoe een gecentraliseerd melkbedrijf zou kunnen worden opgezet zonder een algeheele ontwrichting te brengen in het bedrijf van de particuliere melkverkoopers. Wij waren niet in de gelegenheid kennis te nemen van de Zaandamsche regeling; de Amsterdamsche verkeert, naar wij vernamen, nog in het stadium van voorbereiding.

Wij tasten dus voorloopig ten aanzien van de definitieve organisatie van het door de gemeente gecentraliseerd melkbedrijf in het duister (2) en moeten ons houden aan de

(1) Vgl. Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1918/19, blz. 2638.

(2) In zijn ten vorigen jare uitgebracht prae advies voor de Vereeniging voor de Staathuishoudkunde en de Statistiek (blz. 149) geeft de heer WITBAUT wel aan, hoe hij zich de naasting van een

vingerwijzing, door het bovenbesproken amendement-VAN DER WAERDEN in dit opzicht gegeven. Blijkens de bewoordingen van dit amendement dacht de voorsteller zich de organisatie zoo, *dat de gemeente in de vrijheid van detailverkoop zou ingrijpen*. Immers de gemeenteraad zou onder goedkeuring der Regeering de bevoegdheid krijgen te verbieden, dat andere dan door burgemeester en wethouders daarvoor aangewezen personen die waar binnen de gemeente zouden verkoopen, afleveren of ter aflevering voorhanden hebben. Hoe dan de organisatie op deze grondgedachte verder zou worden opgebouwd, de voorsteller liet er zich niet over uit. Denkbaar zou zijn — al achten wij het niet zeer waarschijnlijk, dat de heer VAN DER WAERDEN een voorstander van dezen bedrijfspvorm zou zijn — dat het particulier initiatief zooveel mogelijk werd in stand gehouden door keuze van een zgn. *gemengden bedrijfspvorm*, waarbij zoowel de gemeente als de particuliere ondernemers financieel geïnteresseerd zouden zijn en ook de leiding van het bedrijf door deze gemeenschappelijk werd uitgeoefend.

Wij achten toch de mogelijkheid niet uitgesloten, dat deze wijze van exploitatie, die in Duitschland veelvuldig wordt toegepast ten aanzien van een van nature voor monopolisatie aangewezen bedrijf als de electriciteitsvoorziening (1), ook ware pasklaar te maken voor een gemeentelijke onderneming als het gecentraliseerde melkbedrijf.

In een stad als Amsterdam zou aanvaarding van den gemengden bedrijfspvorm zeker worden vergemakkelijkt door de samenwerking, welke hier reeds op particulier gebied is bereikt in de Vereeniging van Amsterdamsche Melkinrichtingen (V. A. M. I.).

Intusschen, ook bij aanneming van deze op den grondslag

bedrijf denkt, dat reeds feitelijk in een kartel is geconcentreerd. Die naasting zal volgens hem het bedrijf ongestoord laten voortwerken; alleen de aandelen zullen van eigenaar veranderen en in handen der gemeente overgaan. De leiding van het bedrijf zal bij dien overgang in dezelfde handen *kunnen* blijven en in den regel ook *blijven*. Het spreekt echter vanzelf, dat de naasting van een niet reeds feitelijk gemonopoliseerd bedrijf heel wat meer ingewikkeld is. Vgl. voor het vraagstuk der organisatie van overheidsbedrijven het bekende artikel van **Dr. Bos**, *Het Beheer van Staatsbedrijven*, in *Vragen des Tijds* 1908, dl. I, blz. 234 vlg. en 243 vlg.

(1) Vgl. hierover o. a. RICHARD PASSOW, *Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen auf dem Gebiete der Elektrizitäts- und Gasversorgung und des Strassenbahnwesens*, Jena 1912. Ten onzent kwam dit onderwerp aan de orde tijdens de debatten in de Tweede Kamer over het hoogovenbedrijf en de Djambiconcessie aan de Kon. Nederlandsche Petroleummaatschappij. Vgl. de artikelen van Prof. E. VAN ITERSOM in *Economisch-Statistische Berichten* van 29 Mei 1918 en 3 Juni 1918.

van het amendement-VAN DER WAERDEN voor de particuliere ondernemers wellicht nog meest gunstige mogelijkheid zal het resultaat der centraliseering toch steeds moeten zijn, dat tal van verkoopeers eenvoudiger uit hun bedrijf worden ontzet. Zijn tegen een dergelijke ontzetting geen andere juridische bezwaren aan te voeren dan die ontleend aan een verouderde theorie omtrent de grenzen der gemeentelijke autonomie (1)?

Wij willen om een antwoord op deze vraag te vinden ons duidelijk rekenschap geven van de beteekenis van het ondernemen door de gemeente van de gelegenheid om het vrije bedrijf uit te oefenen. Wat geschiedt eigenlijk bij de vestiging van het bedoelde monopolie? In het spraakgebruik zou men zeggen: een geheele categorie van kooplieden wordt „uit hun zaak gestooten”. Voorzoover men onder zaak verstaat de uitoefening van een tak van handel is het spraakgebruik zeker volkomen correct, doch dan betreft de uitdrukking weer de bedrijfsvrijheid, die wij nu een oogenblik met rust willen laten.

Het woord „zaak” heeft echter nog een anderen zin: zij is ook voorwerp van rechtshandelingen en als zoodanig een afzonderlijk samenstel van lichamelijke zaken en van rechten en verplichtingen. In dien zin rekent men ook de beklanting toe te behooren, en zooals vanzelf spreekt den handelsvoorraad.

Welnu, gaat de gemeente monopoliseeren, dan houdt die „zaak” als zoodanig op te bestaan, zij wordt uit elkander gerukt als afzonderlijk vermogensobject en valt uiteen in een aantal deelen, die ieder op zich zelf van weinig belang zijn, terwijl andere integreerende bestanddeelen als de beklanting geheel verdwijnen. Zijn hiertegen geen bezwaren van juridischen aard in te brengen?

Eenig houvast in de rechtspraak hetzij van de administratie, hetzij van de rechterlijke macht zou ons bij ons verder onderzoek te stade komen. Voorzoover wij hebben kunnen nagaan is de vraag, die ons bezighoudt, echter nimmer aan het oordeel der administratieve macht onderworpen (2). Wel vinden wij in de nieuwere jurisprudentie van den Hoogen Raad een uitspraak, die ofschoon niet rechtstreeks ons onderwerp betreffende, toch voor ons van belang is om een der bij dit arrest door het college verworpen cassatiemiddelen.

Wij bedoelen het arrest van 30 Juni 1913, *W.* 9524 betreffende de verordening op den afslag van visch te Enkhuizen. Art. 1 dezer verordening luidde aldus: „Het uitsluitend recht tot het afslaan van visch in de gemeente Enkhuizen berust

(1) Zie hierboven blz. 14 vlg.

(2) In het Provinciaal Verslag van Zeeland over 1856 wordt als de zienswijze der Regeering opgegeven, dat bij een plaatselijke verordening niet kan worden bepaald, dat alle in de gemeente aangebrachte verse visch niet dan bij afslag en in het openbaar zal

bij het gemeentebestuur en moet plaats hebben in het van gemeentewege verstrekte gebouw". Door den eischer in cassatie werd aangevoerd, dat het maken van het recht om visch af te slaan tot een uitsluitend recht (monopolie) van het gemeentebestuur (art. 1 der verordening), nog wel ondersteund door een verbod om visch te lossen of te laden in een voor het publiek bestemde gemeentehaven, voorzover die visch niet aan den afslag is verkocht (art. 20a der verordening), een ongeoorloofde beperking van den eigendom was.

Art. 625 B. W. werd hier dus in het geding gebracht.

De H. R. verwierp het cassatiemiddel op grond van de overweging: „dat deze beide bepalingen (n.l. de artt. 1 en 20a der verordening), als regelende den openbaren afslag van visch binnen de gemeente Enkhuizen, betreffen de huishouding dier gemeente en dus vallen binnen de grenzen bij art. 135 der Gemeentewet aan de wetgevende bevoegdheid der gemeente gesteld" *dat zij ook geen ongeoorloofde aantasting van den eigendom der bijzondere personen inhouden, de eerste niet omdat eene regeling van eene wijze van verkoop van waren, zoo zij den eigendom ook al aantast, toch zeker niet neerkomt op eene ontzetting uit dien eigendom, doch slechts inhoudt eene bij art. 625 B. W. geoorloofde beperking daarvan*" enz. (1).

Tegen deze uitspraak van den H. R. is zeker weinig in te brengen. Het cassatiemiddel scheen dan ook in den vorm waarin het werd opgedischt, een weinig chicaneus. Van meer belang wordt echter art. 625 B. W. als we in plaats van het hier door ons hoogste rechtscollege in bescherming genomen gemeentemonopolie op den afslag van visch eens stellen een heel wat verder in de bedrijfsvrijheid ingrijpend monopolie in het belang der volksgezondheid als de centraliseering van het melkbedrijf. Dan wordt immers door het ontnemen van de vrijheid om het bedrijf uit te oefenen een aanslag gepleegd op de zaak als *vermogensobject*. Nu zal de gang van zaken in dit geval wel deze zijn, dat de handelsvoorraad — gesteld dat deze bij het in werking treden der centraliseeringsverordening nog bestaat en hij voor overname voldoende groot is — door de gemeente wordt overgenomen; de gemeente zou hiervoor desnoods nog den wettelijken weg kunnen volgen, aangegeven in art. 69 en volgende der Onteigeningswet. Echter worden ook andere bestanddeelen van de zaak, als de beklanting, feitelijk door de gemeente overgenomen waarvoor geen wettelijke weg is aangewezen, terwijl de overige bestanddeelen te zamen geen „zaak" en ook geen „gedeelte

mogen worden verkocht. Doch deze uitspraak heeft natuurlijk voor ons geen waarde meer, omdat zij werd gegeven onder vigeur van de Patentwet.

(1) Wij cursiveeren.

van een zaak" meer vormen, doch eenvoudig een verzameling van op zich zelf staande vermogensobjecten zijn. De „zaak" wordt dus feitelijk onteigend — dit woord dan genomen in materieelen zin — en voor den billijken gang van een dergelijke onteigening zijn nergens waarborgen geboden. *De onteigenende partij zal het bedrag der schadeloosstelling ten slotte naar eigen goedvinden kunnen vaststellen en dit is iets, dat tegen onze rechtsbegrippen indruischt.*

Want onverschillig of men de zaak beschouwt als een rechtsobject of als een feitelijke factor in het handelsverkeer (1), haar reëel bestaan en bovenal haar financieele beteekenis als afzonderlijk vermogensbestanddeel valt niet te miskennen.

De organisatorische vraag heeft ons vanzelf gebracht op de financieele, die der schadeloosstellingen en wij hebben een nieuw o. i. overtuigend argument gevonden ten bewijze, dat een gemeentelijke „centraliseering van het melkbedrijf" op den grondslag van het amendement-VAN DER WAERDEN althans onder de tegenwoordige omstandigheden (bij het ontbreken van een onpartijdige regeling van de schadeloosstellingen) ontoelaatbaar is te achten. Kan op art. 625 B. W. dan geen beroep worden gedaan, omdat de affaire nog niet haar plaats in de juridische begrippenwereld heeft verworven, dan is de Kroon daar om te waken, dat de rechtmatige belangen harer ingezetenen niet worden verkort. Want een precedent in het melkbedrijf lokt straks andere proefnemingen op dit gebied uit: *het algemeen belang der rechtszekerheid wordt in gevaar gebracht!*

Men zal tegenover het boven verdedigde standpunt zich misschien willen beroepen op het tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van art. 4 der Hinderwet gesprokene en ons daarbij tegenwerpen, dat dit nog wel geschiedde onder vigeur van de subjectiefrechtelijke opvattingen van de bedrijfsvrijheid.

In de zitting van de Tweede Kamer van 5 Mei 1875 stelde n.l. de afgevaardigde VAN ECK als amendement op art. 4 van het ontwerp-Hinderwet voor, om in bepaalde gevallen schadeloosstelling te geven aan hen, die aldus door een plaatselijke verordening in de verdere uitoefening van hun bedrijf waren verhinderd. Dit amendement werd toen verworpen, omdat men de vraag of schadevergoeding moest worden gegeven wilde overlaten aan het gemeentebestuur. Welnu, bij een wettelijk geoorloofd gemeentelijk monopolie

(1) Vgl. hierover de literatuur aangehaald bij MOLENGRAAFF, Leiddraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht, (3e dr., 1915), blz. 74 en KIST—VISSER, Beginselen van Handelsrecht, dl. I, blz. 59 vlg.

als dat op het slachtersbedrijf is de regeling der schadeloosstelling aan de gemeenten overgelaten; waarom zou men dat ook niet kunnen doen bij een monopolie in het belang der volksgezondheid als dat op het melkbedrijf?

Men voelt dat de vergelijking niet opgaat. Het slachtersbedrijf wordt immers in den regel niet afzonderlijk uitgeoefend, doch gewoonlijk is bij het ontbreken van een gemeentelijk abattoir hij, die het vee slacht, tegelijk verkooper van het vleesch.

Alleen daar, waar dit bij uitzondering niet het geval zou zijn, waar dus een particulier tegen vergoeding vee van anderen slacht, zou aanleiding tot schadeloosstelling bestaan en voor dergelijke sporadische gevallen mag zeker in de billijkheid van het gemeentebestuur genoegzaam vertrouwen worden gesteld.

Bij een centraliseering van het melkbedrijf geldt het echter de broodwinning van een zeer belangrijke categorie uit den handeldrijvenden stand, die op dat oogenblik meerendeels geen ander middel van bestaan heeft.

Wie zal hier op onpartijdige wijze de belangen der uit hun affaire gestootenen behartigen? Aan het gemeentebestuur mag dit zeker niet worden overgelaten.

Om de zaak van de gemeentelijke monopolies in het belang der volksgezondheid recht te doen wedervaren, willen wij opmerken, dat het bovengenoemd bezwaar hoofdzakelijk gaat tegen een regeling, die het detailbedrijf aantast. Ware een vorm te vinden voor een organisatie, waarbij de gemeente alleen als grossier optrad, terwijl de detailverkoopers in hun zaak werden gelaten onder verplichting al hun melk van de gemeente te betrekken, onze bedenkingen ten aanzien van het vraagstuk der schadeloosstellingen zouden veel van haar grond verliezen.

Wij merken echter op, dat toen tijdens de behandeling van het amendement-VAN DER WAERDEN in de Tweede Kamer het punt der schadevergoeding aan de orde kwam, van socialistische zijde blijkbaar voortdurend werd uitgegaan van de gedachte dat een gemeentelijk monopolie op het melkbedrijf den vrijen detailverkoop onmogelijk zou maken. Over een organisatie, waarbij de gemeente slechts als grossier zou optreden, werd zelfs niet gesproken.

Wij komen aan een vierde punt: *het economisch belang van de melkvoorziening binnen de betrokken gemeente*. Zal na de centraliseering van het melkbedrijf een voldoende hoeveelheid melk worden beschikbaar gesteld voor de ingezetenen?

Men bedenke, dat melk wordt gerekend onder de eerste levensbehoeften. Dreigt dus bij een monopoliseering gevaar voor een behoorlijke voorziening van de gemeente, dan wordt een levensbelang van de bevolking geraakt en bestaat alweer

een reden te meer voor de Kroon om het zwaard der vernietiging naar de schadelijke verordening uit te strekken. De eerste melkleveranciers zijn de veehouders en wie de mentaliteit der plattelanders kent, is weinig optimistisch gestemd ten aanzien van hun inschikkelijkheid tegenover een gemeentelijke reglementeering van hun vrijheid van leverantie. Het georganiseerd verzet der boeren tegen de door de gemeente Amsterdam aangewezen aanvoer-centrales ligt nog versch in het geheugen en ongetwijfeld zal dit verzet nog toenemen naarmate de leverantievrijheid meer aan banden wordt gelegd.

Niet alleen toch de aanvoer-centrales zijn een onontkoombare eisch bij een gemonopoliseerd melkbedrijf, maar ook de ambtenarij, het cauchemar van den vrijen buitenman. Is dan niet te verwachten dat het georganiseerd verzet van het platteland op nog grootere schaal dan te voren zal herleven? Andere leveranciers zijn moeilijk te vinden, de boeren zijn meest overal in dit opzicht gelijk in hun antipathieën en dus zou de gemeente haar melk uit het buitenland moeten betrekken, wat echter vooral in de tegenwoordige omstandigheden zeker op ernstige bezwaren zou stuiten.

Wij aarzelen niet het hier aangevoerd gravamen als een bezwaar van den tweeden rang te bestempelen. Het betreft immers voor een deel een ingeworteld vooroordeel bij de plattelandsbevolking, een goeddeels *materieele* factor, waartegenover staat de *ideëele* van de bevordering der volksgezondheid door de centralisatie van het bedrijf. Doch een ernstig bezwaar blijft het, omdat *welke de motieven ook mogen zijn die de boeren bij hun verzet leiden, het materieele resultaat is, dat de melkvoorziening der betrokken gemeente wordt in gevaar gebracht.* Ook uit dit oogpunt beschouwd kan niet worden beweerd, dat dit „gemeentelijk monopolie ten dienste van de volksgezondheid” in het algemeen belang zou zijn. Waar de voorziening met een eerste levensbehoefte op het spel staat moet in het alternatief: afdoende contrôle, maar onvoldoende melkvoorziening of voldoende melkvoorziening maar — en dit is voorshands nog twijfelachtig, zoolang daarvoor niet het onweerlegbaar bewijs is geleverd — onvoldoende contrôle, voor het laatste worden gekozen.

Wij geven toe, dat bij voortschrijding van de socialisatiegedachte ook de psyche des veehouders geen onvermurwbare rotsgrond zal blijken, m. a. w. dat in de toekomst het hier genoemde bezwaar wellicht veel van zijn beteekenis zou kunnen verliezen vooral wanneer de gemeente voor haar bedrijf een vlotte organisatie weet te ontwerpen, voorshands moeten wij echter ook in dit opzicht strijd met het algemeen belang aannemen.

Ten slotte nog een enkel punt, waarop reeds Minister

AALBERSE tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van het amendement-VAN DER WAERDEN op art. 15 der Warenwet wees: Het melkbedrijf staat niet op zichzelf, doch hangt ten nauwste samen met andere handelstakken. Een gemeente, die zelf den melkverkoop ter hand neemt met uitsluiting van het particulier bedrijf ten deze, zal zich spoedig geroepen vinden ook den verkoop van zuivelproducten als boter en kaas tot zich te trekken. Straks volgt wellicht op de vestiging van een gemeentelijk monopolie op het melkbedrijf, die van andere monopolies in het belang van de volksgezondheid. Het precedent werkt immers als een olievlek en zoo zal de bedrijfsvrijheid ten slotte worden geabsorbeerd door den socialisatiedrang. Mr. TREUB laat terecht zijn waarschuwing hooren, dat het staatsmonopolie op elk terrein, waarop particuliere ondernemingen zonder concessie van overheidswege kunnen werkzaam zijn tot de noodzakelijkheid leidt van veel verder gaande beperkingen van de bedrijfsvrijheid dan als rechtstreeksch gevolg er van worden bedoeld (1).

Voor hen, die in socialisatie het summum van economische wijsheid zien, zal dit bezwaar niet gelden, doch zij, die met ons de bedrijfsvrijheid juridisch beschouwen als een sociale functie, zullen ten deze huiverig zijn voor het precedent.

De resultaten van ons onderzoek samenvattend, komen wij tot de volgende conclusies:

1°. Vestiging van een ander dan uitdrukkelijk wettelijk geoorloofd gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidsexploitatie aangewezen bedrijf is niet in strijd met het bepaalde in art. 150 der Gemeentewet in verband beschouwd met art. 15 der Warenwet, evenmin met art. 135 der Gemeentewet, tenzij men aan laatstbedoeld artikel een verouderde historische interpretatie geeft.

2°. De bedrijfsvrijheid is naar de tegenwoordige opvattingen juridisch beschouwd geen subjectief recht — een constructie die trouwens wijsgeerig onhoudbaar is —, doch een sociale functie, een factor ten dienste van het algemeen belang.

3°. Ongeoorloofde inbreuk op de bedrijfsvrijheid is onder dit gezichtspunt in de vestiging van een monopolie als bovenbedoeld derhalve alleen dan te zien, wanneer die monopolisatie in strijd is met het algemeen belang, maar tevens

4°. Waar de bedrijfsvrijheid een sociale functie is, mag zij alleen dan ten behoeve van de volksgezondheid worden opgeheven, als onwederlegbaar is aangetoond, dat het gevaar voor de volksgezondheid, dat uit een bepaald bedrijf voortvloeit, op geen andere wijze afdoende is te keeren en dat dit

(1) Mr. M. W. F. TREUB, t. a. p. blz. 22.

laatste door centralisatie van het bedrijf wel kan geschieden. Is zulks niet aan te toonen, dan is de monopolisatie in strijd met het algemeen belang te achten.

5°. Een gemeentelijke centralisatie van het melkbedrijf moet onder de tegenwoordige omstandigheden in strijd geacht worden met het algemeen belang, omdat

1°. uit de centralisatie nieuwe groote gevaren voor de volksgezondheid ontstaan;

2°. de melkvoorziening van de betrokken gemeente er door in gevaar wordt gebracht.

6°. Een dergelijke centralisatie strijdt voorzoover zij is gebaseerd op de grondgedachte van het amendement-VAN DER WAERDEN op art. 15 der Warenwet ook met onze rechtsbegrippen, omdat in dit geval de ontsienende partij zelve de schadeloosstellingen zou moeten bepalen. Waar een precedent ten deze den weg effent voor vestiging van nieuwe gemeentelijke monopolies in het belang der volksgezondheid, wordt bij het ontbreken van een onpartijdigen rechter voor de begroting der te vergoeden schade, het algemeen belang der rechtszekerheid in gevaar gebracht.

's-Gravenhage
