

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22187> holds various files of this Leiden University dissertation

**Author:** Nijland, Jelle

**Title:** De overheidsonderneming : overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd

**Issue Date:** 2013-11-12

## 2 | De overheid in privaatrechtelijke rechtsvormen

### 1 INLEIDING

De overheidsonderneming kan zowel in de in artikel 2:1 BW vermelde publiekrechtelijke rechtspersonen, als in de in artikel 2:3 BW neergelegde privaatrechtelijke rechtspersonen worden gedreven. De overheidsonderneming kent geen algemene regeling in de wet. De inrichting van een in privaatrechtelijke rechtsvorm gedreven overheidsonderneming wordt in beginsel beheerst door de algemene bepalingen van het rechtspersonenrecht. Dit is slechts anders indien hiervan in een bijzondere wet wordt afgeweken. Buiten de bijzondere, veelal in machtigingsetten neergelegde regelingen en de in juli 2012 in werking getreden wet 'Markt en overheid',<sup>1</sup> wordt in wetgeving – in bijzonder met betrekking tot de inrichting – nauwelijks verwezen naar de overheidsonderneming.<sup>2</sup>

Na een introductie van het in Boek 2 BW geregelde rechtspersonenrecht in paragraaf 2.1, komt het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen in paragraaf 2.2 aan de orde. De publiekrechtelijke rechtspersonen blijven in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing. De algemene bepalingen van Boek 2 BW worden – voor zover relevant voor de inrichting van de overheidsonderneming – behandeld in paragraaf 2.3. In para-

---

1 Zie de op 1 juli 2012 in werking getreden wet tot 'Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden' ('de wet Markt & Overheid'), bij besluit van 6 juni 2012, *Stb.* 2012, nr. 254.

2 Een uitzondering kan bijvoorbeeld worden gevonden in de Comptabiliteitswet, waarin de Algemene Rekenkamer op grond van art. 91 Comptabiliteitswet bevoegdheden krijgt binnen vennootschappen waarin de Staat het gehele kapitaal houdt. Zie ook de bijzondere bepalingen voor ondernemingsraden bij overheidsinstellingen in de artikelen 46d en 46e Wet op de ondernemingsraden, die een bijzondere regeling voor overheidspersoneel van ondernemingen inhouden. Zie ook art. 2 lid 3 juncto lid 7 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, die een bijzondere regeling voor sommige overheidsbedrijven bevat op grond waarvan deze bedrijven zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Zie hierover de Notitie Belastingheffing overheidsbedrijven van de staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 213, nr. 1. Aanvullend op de wettelijke regelingen is ook het staatsdeelnemingenbeleid, onder andere ten aanzien van de bezoldiging van bestuurders van staatsdeelnemingen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 65, nr. 101, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 111 en nr. 115 en het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 9-10.

graaf 3.1 wordt vervolgens besproken waarom de verkrijging van een eigen, van de overheid afgezonderde, rechtspersoonlijkheid wenselijk is voor de vormgeving van de overheidsonderneming. Op het eerste gezicht lijken de publiekrechtelijke rechtsvormen de meest aangewezen rechtsvormen om een overheidsonderneming in te drijven.<sup>3</sup> Hoewel de wetgever een voorkeur heeft uitgesproken voor de publiekrechtelijke rechtspersoon boven de privaatrechtelijke rechtspersoon, maakt de overheid in de praktijk veelvuldig gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>4</sup>

De overheid is niet geheel vrij om voor het drijven van de overheidsonderneming te kiezen voor de privaatrechtelijke dan wel de publiekrechtelijke rechtspersoonsvorm. De voor deze keuze relevante zogenaamde 'tweewegenleer' wordt in paragraaf 3.2 ingeleid. Ook de voorschriften voor oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat, provincies en gemeenten worden hier besproken. Indien de keuze op de privaatrechtelijke rechtsvorm is gevallen, bestaan er verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen waarin de overheidsonderneming kan worden gedreven. Deze rechtspersoonsvormen worden kort behandeld in paragraaf 3.3. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 4.

---

3 Zie in die zin S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: *Privaat bestuur? Preadviezen* door S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel, A.A. Freriks voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor bestuursrecht op 23 mei 2008, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 76. Op pagina 93 poneert hij de stelling: 'Het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid is onwenselijk'. Dit alles overigens zonder het uitgangspunt van het primaat van het particulier initiatief aan te tasten. Zie tevens C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, die zes beoordelingsmaatstaven geeft om tot de keuze van een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke rechtsvorm te komen. Zie nader par. 3.2.

4 Niet alleen de Staat, maar ook decentrale overheden maken gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen. Zie voor een overzicht van de staatsdeelnemingen. Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 28 165, nr. 145. Op grond van art. 15 van het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (BBV), zijn gemeenten verplicht zowel bestuursbelangen als financiële belangen te melden. Zie bijvoorbeeld de begroting van de gemeente Roermond 2012, te raadplegen via <http://www.roermond.nl/4/Bestuur/Beleidsdocumenten-en-regelgeving/Begroting-2012.html?highlight=begroting%2c%202012>, in het bijzonder par. 6 "Verbonden partijen en participaties". Van Kol meende echter reeds in 1918 dat het gebruik van staatsbedrijven en staatsmonopolies onvermijdelijk zou zijn. Zie H. van Kol, *Staatsbedrijven en staatsmonopolies*, Amsterdam: N.V. Boekhandel en uitg.-mij. "Ontwikkeling" 1918.

## 2 BOEK 2 BW ALS KADER VOOR DE OVERHEIDSONDERNEMING

### 2.1 Algemeen

Alvorens de voor de overheidsonderneming relevante bepalingen uit Boek 2 BW te bespreken, volgt een beknopte beschrijving van de ontwikkeling van het Nederlandse rechtspersonenrecht om aldus het juridische kader van de overheidsonderneming te schetsen.

Op 26 juli 1976 maakt het tot dan toe gefragmenteerde samenstel van regels, dat voordien gold met betrekking tot de verschillende Nederlandse rechtspersonen, plaats voor een meer systematische regeling.<sup>5</sup> Een scheiding tussen het handels- en het burgerlijk recht, zoals de regeling die in 1838 werd ingevoerd die bevatte, kwam te vervallen.<sup>6</sup> De nieuwe regeling heeft als opzet om alle Nederlandse rechtspersonen, zowel handels- als burgerlijke, onder te brengen in een zoveel mogelijk overzichtelijk geheel,<sup>7</sup> te weten Boek 2 BW. Het systeem van Boek 2 BW gaat uit van een gesloten stelsel<sup>8</sup> van rechtspersonen;<sup>9</sup> de

---

5 Vastgesteld bij wet van 22 juli 1976, *Stb.* 1976, nr. 395, inwerking getreden op 26 juli 1976. Per 1 januari 1992 is Boek 2 BW op veel plaatsen ingrijpend gewijzigd. Zie de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, *Stb.* 1991, nr. 630. De na 1992 doorgevoerde wijzigingen vloeien voornamelijk voort uit de implementatie van Europese richtlijnen.

6 Deze regeling was geënt op het onder Lodewijk Napoleon geschreven ontwerp van het Wetboek van Koophandel. Zie Asser/Scholten 1974 (*Algemeen Deel*), p. 169 e.v. in het bijzonder p. 174. Door de inlijving van Nederland bij Frankrijk is het ontwerp nooit wet geworden en werd de Franse Code ingevoerd.

7 Zie C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 23.

8 Zie C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 26-27. Het gesloten stelsel houdt volgens sommigen niet in dat rechtspersoonlijkheid op een uitdrukkelijke wettelijke bepaling moet berusten. In Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 184 wordt verwezen naar de Memorie van Antwoord I bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6, p. 114. Hierin wordt gesteld dat de artikelen 1 tot en met 3 van Boek 2 BW de meest voorkomende organisaties aanwijzen die in elk geval rechtspersoon zijn, maar tegelijkertijd wordt niet uitgesloten dat ook andere organisaties als rechtspersoon (door de rechter) kunnen worden aangemerkt. Zie in gelijke zin HR 13 november 1964, *NJ* 1965, nr. 121, m.nt. G.J.S. waarin de Hoge Raad overwoog dat een ziekenfonds rechtspersoonlijkheid had, ondanks het feit dat de wet haar deze niet uitdrukkelijk had verleend. Mijns inziens zal de rechter echter niet snel buiten het wettelijk stelsel van rechtspersonen kunnen treden, omdat de wetgever uitdrukkelijk heeft gekozen voor een – voor zover mogelijk – allesomvattende regeling. Zie ook F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, *Preadviezen over het onderwerp: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2000-I), Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 236-237. Buijn stelt mijns inziens terecht dat de wet niet alleen rechtspersoonlijkheid toekent, maar dat deze zowel formele als materiële voorschriften geeft, waardoor geen ruimte wordt gelaten voor het zelfstandig creëren van nieuwe vormen van rechtspersoonlijkheid, noch door private partijen, noch door de rechter.

rechtspersonen worden in beginsel limitatief opgesomd in de artikelen 1 tot en met 3 van Boek 2 BW.<sup>10</sup>

- 
- 9 Er is veel geschreven over het fenomeen rechtspersoonlijkheid. De basisgedachte dat de mens het enige rechtssubject is, vormde het gemeenschappelijke uitgangspunt van de meeste theorieën over rechtspersoonlijkheid. Omdat in de rechtsontwikkeling geleidelijk de idee heeft postgevat dat ook niet-natuurlijke personen rechten moeten kunnen uitoefenen, vermogen moeten kunnen bezitten en verbintenissen moeten kunnen aangaan, behoefde het oorspronkelijke uitgangspunt van de mens als enig rechtssubject aanpassing. Zie voor de ontwikkeling van het fenomeen rechtspersoonlijkheid en de verschillende daaromtrent ontwikkelde theorieën: Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 1-12 en Ph.A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon* (diss. Leiden 1939), Zwolle: Tjeenk Willink 1939, p. 149 e.v. Volgens Van Schilfgaarde is 'De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap (...) derhalve – in het recht – een realiteit'. Zie P. van Schilfgaarde (bewerkt door J. Winter), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17. Deze theorie komt sterk overeen met de reeds in 1932 door Meijers in een drieluik in het WPNR verkondigde visie. Zie E.M. Meijers, 'De beteekenis van het probleem der rechtspersoonlijkheid voor de praktijk', *WPNR* 1932, 3285/3286/3287. Hij meent dat het vraagstuk van het wezen van rechtspersoonlijkheid slechts moet worden behandeld indien zich nieuwe inzichten voordoen. Meijers stelt op p. 569: 'Doel van dit artikel is niet het vraagstuk van het wezen der rechtspersoon wederom in dit blad aan de orde te stellen (...) omdat m.i. alle geschrijf daaromtrent ijdel is, zolang men niet een juister inzicht dan tot heden heeft in het doel en methode der juridische begripsvorming.'
- 10 Eén Nederlandse rechtspersoon is om wetsystematische redenen buiten Boek 2 BW geregeld. De Vereniging van Eigenaars is ingebed in de appartementsregeling van Boek 5 BW. Het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel Personenvennootschappen kende de Openbare personenvennootschap met optioneel rechtspersoonlijkheid die als bijzondere overeenkomst in Boek 7 BW zou worden geplaatst. Ook de zogenaamde Europese rechtspersonen – het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV), de Europese Vennootschap (SE) en de Europese Coöperatieve Vennootschap (ECV) – worden niet in Boek 2 BW geregeld, maar zijn via afzonderlijke wetten in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Daarnaast wordt gewerkt aan de invoering van de Europese besloten vennootschap (SPE). Zie voor het Europees Economisch Samenwerkingsverband de Wet van 28 juni 1989, houdende uitvoering van de Verordening nr. 2137/85 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (*PbEG* L 199/1), *Stb.* 1989, nr. 245, voor de Europese Vennootschap de Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap) (*PbEG* L 294/1), *Stb.* 2005, nr. 151 en voor de Europese coöperatieve vennootschap de Wet van 14 september 2006 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van de Europese Unie van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) (Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap) (*PbEU* L 207/1), *Stb.* 2006, nr. 465. De introductie van de Europese besloten vennootschap (SPE) stond aanvankelijk gepland voor 1 juli 2010. Zie het op 25 juni 2008 verschenen voorontwerp (COM(2008)396). Aangezien er echter geen overeenstemming kon worden bereikt over een op 25 maart 2011 ingediend compromisvoorstel, is het onzeker of en zo ja, op welke termijn de verordening betreffende het statuut van een SPE werkelijkheid zal worden. Zie nader M.A. Verbrugh, 'Naar een Europese BV? Het voorstel voor een SPE-Verordening nader bezien in het licht van de SE en enkele recente Europese ontwikkelingen', *Journal Ondernemingsrecht* 2011, p. 871. In dit kader kan ook de Europese stichting (FE) worden genoemd, zoals op 8 februari 2012 door de Europese Commissie in het voorstel tot een Europees Statuut voor Stichtingen, is gepresenteerd. Zie voorstel verordening COM (2012) 35. Zie D.F.M.M. Zaman, 'De toekomst van de stichting,

Het rechtspersonenrecht heeft in de loop der jaren de nodige aanpassingen ondergaan, niet in de laatste plaats door implementatie van verschillende Europese harmonisatierichtlijnen.<sup>11</sup> Bovendien is naar aanleiding van het rapport van de Commissie Tabaksblad de zogenaamde Corporate Governance code in Boek 2 BW verankerd.<sup>12</sup> Als gevolg van de wens om het Nederlandse vennootschapsrecht te moderniseren<sup>13</sup> is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht per 1 oktober 2012 ingevoerd.<sup>14</sup> Ook is de Wet Bestuur en Toezicht zoals in werking getreden op 1 januari 2013 met onder andere regels voor een *one tier board*-systeem en aanpassing van de tegenstrijdig belangrege-

---

de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij', *WPNR* 2013/6973, p. 329-332.

- 11 Belangrijke richtlijnen zijn de volgende: de eerste richtlijn 68/151/EEG van 9 maart 1968 inzake de doeloverschrijding (Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, *PbEG* 1968, L 65/8), de tweede richtlijn (Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van art. 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken), de vierde en zevende richtlijn voor wat betreft de regels voor de jaarrekening en het jaarverslag, respectievelijk richtlijn 78/660/EEG van 25 juli 1978 (Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, *PbEG* 1978, L 222/11) en richtlijn 83/349/EEG van 13 juni 1983 (Zevende Richtlijn 83/349/EEG van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening, *PbEG* 1983, L 193/1), de zesde richtlijn van 17 december 1982 82/891/EEG inzake de splitsing van naamloze vennootschappen (Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, *PbEG* 1983, L 378/47) en de richtlijn 90/434/EEG inzake fusie en splitsing van 23 juli 1990 (Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten, *PbEG* 1990, L 225/1). Verdere harmonisatie op het gebied van het vennootschapsrecht lijkt niet op handen nu de nadruk op sectorspecifieke regulering is komen te liggen. Zie T. Tridimas, 'Federalization, Crisis Management, and Law Reform', in: P. Craig en G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press: Oxford 2011, p. 783-804.
- 12 De wettelijke grondslag van deze code is sinds 1 oktober 2004 te vinden in art. 2:391 lid 4 BW, zie *Stb.* 2004, nr. 370. In beginsel is deze code alleen van toepassing op beursgenoteerde ondernemingen, maar de minister heeft aangegeven voor wat betreft staatsdeelnemingen zoveel mogelijk bij deze code aan te willen sluiten. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 12.
- 13 Zie de brief van de minister van Justitie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 752, nr. 4.
- 14 Zie *Stb.* 2012, nr. 300 (Invoeringswet Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).

ling, ingevoerd<sup>15</sup> en is op die zelfde datum de wet herziening enquêterecht – op grond waarvan de rechtspersoon het recht heeft gekregen zelf een enquêteprocedure te initiëren – in werking getreden.<sup>16</sup> Bovendien heeft de minister van Veiligheid en Justitie aangegeven op korte termijn naar aanleiding van discussies omtrent de vormgeving van de NV, het NV-recht te herzien.<sup>17</sup> De vraag of het Nederlandse rechtspersonenrecht voldoet aan de specifieke eisen voor de overheidsonderneming, moet tegen deze achtergrond worden gezien. De in hoofdstuk 4 te bespreken wijziging van de structuurregeling in 2004 is van groot belang geweest voor de overheidsonderneming, die in een kapitaalvennootschap wordt gedreven.<sup>18</sup> Hierdoor is de positie van de overheid als aandeelhouder in een overheidsonderneming, voor zover gedreven in een structuurvennootschap, aanzienlijk gewijzigd.

## 2.2 Privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke rechtspersonen

De in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen zijn te verdelen<sup>19</sup> in de in artikel 2:1 BW opgesomde publiekrechtelijke en de in artikel 2:3 BW genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>20</sup> Het is van belang onderscheid te maken tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen, omdat met deze kwalificatie de toepasselijke regels worden bepaald. Op grond van artikel 2:1 lid 3 BW worden de in artikel 2:1 BW bedoelde publiekrechtelijke rechtspersonen niet door de bepalingen van Boek 2 BW beheerst, maar is het publiekrecht op hun instelling en organisatie van toepassing. Op deze regel bestaat echter één uitzondering. Artikel 2:5 BW is wél van toepassing op de in artikel 2:1 BW opgesomde publiekrechtelijke rechtspersonen. Dat wil zeggen dat de publiekrechtelijke rechtspersoon voor het vermogensrecht gelijkgesteld wordt met

---

15 Zie wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, nr. 275 en *Stb.* 2012, 455. De wet Bestuur en toezicht is tegelijkertijd met het reparatievoorstel Bestuur en toezicht in werking getreden per 1 januari 2013. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 873, A (VvW).

16 Zie de Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, *Stb.* 2012, 274 en 305.

17 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32 426, nr. 24, p. 12 en nader H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1638.

18 Zie *Stb.* 2004, nr. 405 (Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling).

19 Overigens is de verdeling tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke niet de enige mogelijke verdeling. Zo is ook het onderscheid te maken tussen corporatief en niet-corporatief of op stoffelijk voordeel gericht of niet. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), p. 225.

20 De in art. 2:2 BW genoemde kerkgenootschappen bezitten tevens rechtspersoonlijkheid. Deze blijven in dit onderzoek over de overheidsonderneming buiten beschouwing.

een natuurlijk persoon.<sup>21</sup> Hierdoor kunnen ook publiekrechtelijke rechtspersonen aan het economisch verkeer deelnemen.

Op grond van artikel 2:1 BW bezitten de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, rechtspersoonlijkheid. Voorts kunnen andere lichamen waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen rechtspersoonlijkheid bezitten. Dit is echter alleen het geval indien de verlening van rechtspersoonlijkheid 'uit het bij of krachtens de wet bepaalde' volgt.<sup>22</sup> Derhalve is het niet mogelijk dat decentrale overheden zoals gemeenten en provincies zelf besluiten tot oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon.<sup>23</sup> De rechtspersoon kan individueel<sup>24</sup> of tezamen met een bepaalde groep<sup>25</sup> rechtspersoonlijkheid verwerven door een hiertoe ingestelde bijzondere wet.<sup>26</sup>

- 
- 21 In art. 2:5 BW wordt tot uitdrukking gebracht dat het Nederlandse rechtspersonenrecht slechts één soort rechtspersoonlijkheid, namelijk de privaatrechtelijke, kent. Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 83-84, die stelt: 'Rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht [is] een louter privaatrechtelijk begrip (...). Sommigen hebben bepleit om voor Nederland – naar buitenlands voorbeeld – ook de figuur van publiekrechtelijke rechtspersonen in te voeren, wat dan een verzamelterm zou kunnen zijn voor bestuursorganen en rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (...). Die suggesties zijn niet gevolgd. Wel wordt soms de term 'publiekrechtelijke (of: publieke) rechtspersonen' gebruikt, maar dat is dan niet meer dan kortschrift voor wat art. 1:1 Awb 'krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen' noemt.'
- 22 De verlening van rechtspersoonlijkheid moet haar grondslag vinden in een formele wet. Zie ook Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 177.
- 23 Zie ook M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 45.
- 24 Zie bijvoorbeeld de instelling van de Informatie Beheer Groep (Wet van 15 december 1993, houdende regeling van de bestuurlijke verhouding tussen de Minister van Onderwijs en Wetenschappen en de Informatie Beheer Groep, voorheen de Informatiseringsbank), *Stb.* 1993, nr. 714 die op grond van art. 2 lid 2 van deze wet rechtspersoonlijkheid bezat. In 2010 is de Informatie Beheer Groep vervangen door de Dienst Uitvoering Onderwijs, zie Wet van 15 oktober 2009 tot intrekking van de Wet verzelfstandiging Informatiseringsbank en wijziging van diverse wetten in verband met de oprichting van de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO), *Stb.* 2009, 493.
- 25 Deze worden ook wel categorale rechtspersonen genoemd. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 179.
- 26 Zie voor voorbeelden J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 68. Denk hierbij aan de Kamers van Koophandel (art. 3 Wet op de kamers van koophandel en fabrieken 1997) of de politieregio's (art. 21 lid 4 Politiewet 1993). Per 1 januari 2013 zal de Politiewet 1993 vervangen worden door de Politiewet 2012. Op grond van art. 26 Politiewet 2012 zal het landelijke politiekorps rechtspersoonlijkheid verkrijgen. De politieregio's worden regionale eenheden op grond van art. 25 lid 1 onder a Politiewet 2012. Overigens is het onderscheid tussen individueel en categoriaal ingestelde rechtspersonen niet altijd even helder. Zo rekenen zowel Peters als Asser-Van der Grinten-Maeijer de openbare universiteiten tot de categorale rechtspersonen. Op grond van art. 1.8 lid 2 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek wordt mijns inziens echter niet aan een groep, maar aan de specifiek in de bijlage genoemde universiteiten individueel rechtspersoonlijkheid toegekend. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 178-179.



Een andere tot nu toe slechts theoretische mogelijkheid om rechtspersoonlijkheid te verwerven is de instelling *krachtens* de wet – aldus via de delegatiemogelijkheid van artikel 2:1 lid 2 BW.<sup>27</sup>

In artikel 2:3 BW worden vervolgens de privaatrechtelijke rechtspersonen genoemd: verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen. Voor het drijven van een overheidsonderneming lijken deze rechtspersonen niet allemaal even geschikt. Deze afzonderlijke rechtspersonen worden in paragraaf 3.3 als rechtsvorm van de overheidsonderneming kort besproken.

De privaatrechtelijke rechtspersonen vallen in beginsel onder de algemene bepalingen van Boek 2 BW. Het is echter mogelijk dat de inrichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt bepaald door een bijzondere wettelijke regeling. Deze bijzondere regeling gaat vóór de in Boek 2 BW neergelegde regeling. De Nederlandsche Bank NV is hiervan een voorbeeld. Hoofdstuk 3 van de Bankwet 1998 geeft op belangrijke punten een van Boek 2 BW afwijkende regeling voor deze rechtspersoon.<sup>28</sup> Het gaat mijns inziens te ver om op grond van de aanwezigheid van een bijzondere regeling te concluderen dat een dergelijke rechtspersoon als een publiekrechtelijke – in plaats van een privaatrechtelijke – rechtspersoon zou moeten worden betiteld.<sup>29</sup> Uitgangspunt voor de toepasselijke regeling is de bij de oprichting gekozen rechtsvorm. In de volgende paragraaf worden de oprichtingsvereisten voor de privaatrechtelijke rechtspersonen besproken.

---

27 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 21.

28 Zie de Bankwet 1998, *Stb.* 1998, nr. 244.

29 Zie anders Den Tonkelaar 2009, (*T&C Ondernemingsrecht Effectenrecht*), art. 2:1 BW, aant. 4 en Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 177. In de Bankwet 1998 wordt echter in art. 11 uitdrukkelijk gesteld: 'Bepalingen van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die bij toepassing op de Bank strijdigheid opleveren met het Verdrag of de Statuten van het Europees Stelsel van Centrale Banken zijn niet van toepassing op de Bank.' Waarmee de overige bepalingen van Boek 2 BW mijns inziens in beginsel van toepassing blijven en er aldus sprake is van een in basis privaatrechtelijke rechtspersoon. Zie in gelijke zin Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 84, die het volgende stelt: 'Indien de wet het bestaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon veronderstelt en één en ander regelt met betrekking tot de benoeming van bestuurders, bevoegdheden van organen en dergelijke, gaat het daarmee niet om een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld. (...) In een dergelijk geval wordt de rechtspersoon geregeerd door het civiele rechtspersonenrecht, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is geregeld; uitgangspunt is dus de toepasselijkheid van het BW en de statuten van de rechtspersoon.' Vergelijk J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:1 BW, aant. 9. Huizink spreekt over een volledig gedenatureerde rechtspersoon.

### 2.3 Algemene regeling van Boek 2 BW en de overheidsonderneming

#### *Algemeen*

Zoals hierboven reeds is geconstateerd, zijn de bepalingen van Boek 2 BW in beginsel slechts van toepassing op de overheidsonderneming als deze wordt gedreven in één van de in artikel 3 van Boek 2 BW opgesomde privaatrechtelijke rechtspersonen en niet in afwijking is voorzien door een bijzondere wet. De identiteit en structuur van deze rechtspersonen worden bepaald door de in hoofdzaak in Boek 2 BW neergelegde wettelijke regels, eventueel nader ingevuld of uitgewerkt in de statuten. De bepalingen van Boek 2 BW zijn op grond van artikel 2:25 BW in beginsel dwingendrechtelijk op de rechtspersonen van toepassing.

Boek 2 BW bestaat uit negen titels. De in de eerste titel van Boek 2 BW neergelegde algemene bepalingen zijn in beginsel van toepassing op *alle* privaatrechtelijke rechtspersonen en derhalve ook relevant voor de overheidsonderneming die in een door Boek 2 BW beheerste privaatrechtelijke rechtsvorm wordt gedreven. De tweede tot en met zesde titel bevatten afzonderlijke regelingen voor respectievelijk de vereniging, de coöperatie,<sup>30</sup> de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de stichting. De voor de overheidsonderneming relevante bepalingen in deze titels komen aan de orde bij de behandeling van deze rechtspersonen. De zevende titel, inzake de fusie en splitsing, geldt voor nagenoeg alle rechtspersonen.<sup>31</sup> De geschillenregeling en het recht van enquête worden nader uitgewerkt in de achtste titel. De geschillenregeling is alleen van toepassing op alle besloten vennootschappen, en op de naamloze vennootschap die voldoet aan de vereisten genoemd in artikel 2:335 lid 2 BW.

De regeling van het recht van enquête geldt op basis van artikel 2:344 BW voor in het eerste lid genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen en de vereniging en stichting die een onderneming drijven.<sup>32</sup> Ook titel 9 inzake de jaarrekening en het jaarverslag is op nagenoeg alle in een privaatrechtelijke rechtspersoon gedreven overheidsondernemingen van toepassing.<sup>33</sup> De bepalingen met betrekking tot de jaarrekening en het jaarverslag, evenals de bepalingen omtrent het recht van enquête worden behandeld in hoofdstuk 4. Voor ven-

---

30 Titel 3 BW is behalve op de coöperatie, ook van toepassing op de onderlinge waarborgmaatschappij. Op grond van art. 2:53a BW is titel 2 BW betreffende de vereniging – voor zover daar in titel 3 BW niet van wordt afgeweken – ook van toepassing op de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

31 Deze geldt niet voor de in art. 2:308 lid 2 BW genoemde rechtspersonen.

32 Uit art. 2:344 sub b BW volgt dat de regeling niet van toepassing is op de vereniging zonder volledige rechtsbevoegdheid.

33 Titel 9 is van toepassing op alle rechtspersonen, met uitzondering van de vereniging en stichting die niet aan de in art. 2:360 lid 2 BW genoemde vereisten voldoen (het in stand houden van een onderneming).

nootschappen waarvan het gehele vermogen wordt verschaft door de Staat of een andere in artikel 2:1 BW genoemde publiekrechtelijke rechtspersoon, bestaat de mogelijkheid om op grond van artikel 2:155a BW een verlicht structuurregime van toepassing te verklaren. Deze wordt besproken bij de behandeling van de structuurregeling in paragraaf 5 van hoofdstuk 4.

In het vervolg van deze paragraaf komen de voor de overheidsonderneming relevante bepalingen uit de eerste titel van Boek 2 BW aan de orde. Het gaat om bepalingen over de oprichting, het doel, de juridische organisatie en de besluitvorming.

#### *Oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen*

Voor iedere privaatrechtelijke rechtspersoon gelden wettelijke, formele oprichtingsvereisten.<sup>34</sup> Indien voor de oprichting een door de notaris ondertekende akte wordt vereist en hieraan niet is voldaan, brengt artikel 2:4 BW mee dat de rechtspersoon niet ontstaat. De oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals genoemd in artikel 2:3 BW kan behalve volgens de vereisten van Boek 2 BW theoretisch ook geschieden bij een instellingswet.<sup>35</sup> Schroten stelt met betrekking tot een dergelijke wijze van oprichting van een stichting:

‘Theoretisch is denkbaar dat een stichting, als rechtspersoon van het BW, bij wet wordt opgericht zonder dat er een notaris (zie artikel 2:286 lid 1 BW: JN) aan te pas komt. Deze wet vormt in dat geval (ook) wat het oprichtingstraject betreft een *lex specialis* ten opzichte van het BW. Afgezien van de vraag of er dan eigenlijk niet sprake is van een rechtspersoon *sui generis*,<sup>36</sup> komt een dergelijke oprichtingsroute in de praktijk niet voor. Althans bij overheidsstichtingen is er steeds sprake van statuten en van een door de notaris verleden akte bevattende de statuten.’<sup>37</sup>

Ook bij de oprichting van kapitaalvennootschappen wordt doorgaans de in Boek 2 BW neergelegde wijze van oprichting verkozen boven oprichting bij

---

34 Aldus is het niet mogelijk zelf een nieuwe rechtsvorm naar believen samen te stellen, hoewel door contractuele regelingen buiten de statuten mengvormen kunnen ontstaan. Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 31 en p. 35. Derdenwerking zal hier minder snel worden aangenomen. Bij de in art. 2:30 BW genoemde informele vereniging spelen, doordat de statuten hiervan niet in een notariële akte zijn opgenomen, deze formele vereisten niet zozeer een rol.

35 Zie art. 2:1 lid 2 BW.

36 Zie hiervoor par. 2.2 van dit hoofdstuk.

37 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 20. Diensten of agentschappen lijken tegenwoordig te worden verkozen boven zelfstandige bestuursorganen, waardoor minder snel voor de stichtingsvorm wordt gekozen. Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 629.

wet.<sup>38</sup> Het besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon via een *machtigingswet* verleent de betrokken lichamen weliswaar de bevoegdheid om mee te werken aan de oprichting van een rechtspersoon, maar dit betekent niet dat deze rechtspersoon volgens publiekrecht is ingesteld. Zie in gelijke zin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de oprichting van de NV Luchthaven Schiphol. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij de Algemene wet bestuursrecht overweegt de afdeling dat de NV Luchthaven Schiphol weliswaar krachtens wet van 11 december 1957 is opgericht,<sup>39</sup> maar dat deze wet de ministers van Verkeer en Waterstaat en van Financiën slechts machtigde:

‘(...) om voor en namens de Staat aan de oprichting van Schiphol mede te werken. Daarbij was het de kennelijke bedoeling van de wetgever dat de oprichting nader – bij notariële akte – zou geschieden overeenkomstig de voorschriften van het burgerlijk recht.’<sup>40</sup>

In beginsel is oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon volgens de bepalingen in Boek 2 BW in vergelijking met de oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon – waarvoor zoals in paragraaf 2.2 behandeld een formele wet vereist is – eenvoudiger. Overheden kunnen echter niet zonder meer overgaan tot de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon. De bevoegdheidsregels voor oprichting van rechtspersonen door de overheid en de beperkingen hiervan worden behandeld in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk.

---

38 Zie bijvoorbeeld de wet van 27 april 1994, houdende regelen met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap De Nederlandse Munt NV en tot wijziging van de Muntwet 1987. Art. 2 van deze wet machtigt de minister van Financiën om de naamloze vennootschap, de Nederlandse Munt NV, op te richten en deel te nemen in het kapitaal. Zie ook art. 1 van de wet van 23 juni 1966, houdende regelen betreffende de omzetting van de tak van Rijksdienst, omvattende de Staatsmijnen in Limburg, in een naamloze vennootschap, waarin de minister van Economische Zaken wordt gemachtigd om de naamloze vennootschap NV Nederlandse Staatsmijnen op te richten en deel te nemen in het kapitaal voor een bedrag van 300 miljoen gulden. Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 20.

39 Zie de Wet van 11 december 1957 houdende oprichting van een naamloze vennootschap, NV Luchthaven Schiphol, *Stb.* 1957, nr. 529.

40 Zie de ABRvS 3 oktober 1996, nr. H01.95.0454, *LJN* AA6767. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State overweegt voorts: ‘De geschiedenis van de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht maakt duidelijk dat het feit dat aan de oprichting van een rechtspersoon een machtigingswet is voorafgegaan niet betekent dat deze rechtspersoon krachtens publiekrecht is ingesteld. Dit blijkt (...) uit de uiteenzettingen van de regeringscommissaris (commissaris: JN) tijdens de uitgebreide commissie-c-jargadering (commissievergadering: JN) van de Vaste Commissies voor Justitie en Binnenlandse Zaken (PG Awb I, p. 143 r.k.). Deze uitlatingen hadden betrekking op stichtingen doch waren, naar moet worden aangenomen evenzeer van toepassing op de naamloze vennootschap.’

*Het doel van de overheidsonderneming*

Slagter acht het statutaire doel van een rechtspersoon het materieel en gezichts-bepalend kenmerk.<sup>41</sup> Het doel van de rechtspersoon is hetgeen in de statuten is neergelegd. Het handelen van de rechtspersoon zou hierdoor moeten worden bepaald, hetgeen mijns inziens a fortiori geldt voor de rechtspersoon waar een overheidsonderneming in wordt gedreven. Het statutaire doel betreft over het algemeen een korte omschrijving van de terreinen waarop de vennootschap werkzaam zal zijn en welke activiteiten zij op die terreinen zal ontplooiën. In de praktijk worden doelstellingen zo ruim geformuleerd dat het handelen van de rechtspersoon hier niet snel buiten valt.<sup>42</sup> Bovendien kan de formele doelomschrijving uitgebreider worden geïnterpreteerd dan uit de letterlijke tekst valt op te maken. Bij de vaststelling van het doel van de rechtspersoon moeten namelijk alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.<sup>43</sup> Dit maakt een exacte afbakening van de doelstelling niet eenvoudig. Dit neemt echter niet weg dat de doelstelling richtinggevend is en daarom zorgvuldig moet worden opgesteld.

Dit zou mijns inziens bijvoorbeeld in het bijzonder moeten gelden voor de overheidsonderneming met een doelstelling waarin een specifiek publiek belang is opgenomen. Het publieke belang zou het kader moeten zijn, in de context waarvan andere omstandigheden moeten worden geplaatst. De overheidsonderneming heeft ten opzichte van reguliere ondernemingen namelijk een bijzonder doel, te weten het behartigen van een publiek belang.<sup>44</sup> In de praktijk wordt in de doelstelling van overheidsondernemingen echter zelden verwezen naar het te behartigen publieke belang. De reden hiervan zou kunnen

---

41 Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 33.

42 Zo blijkt uit het formulering van het format van het model voor de rechtspraak voor oprichting van een naamloze vennootschap: 'De vennootschap heeft ten doel ..., alsmede het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.' Zie Modellen voor de Rechtspraak, I.2.38 Oprichting van een naamloze vennootschap met aandelen op naam en een blokkeringsregeling (verkort model).

43 Zie HR 20 september 1996, *NJ* 1997, nr. 149 (*Playland*), waar de Hoge Raad de beslissing van het hof – dat overwoog dat niet alleen beslissend is de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven, maar dat alle omstandigheden daarbij in aanmerking moeten worden genomen en dat met name moet worden beoordeeld of het belang van de vennootschap is gediend met de desbetreffende rechtshandeling – als juist oordeelde.

44 Het publieke belang kan zowel op stoffelijke als onstoffelijke doelen zijn gericht en van het karakter van het doel van een overheidsonderneming kan derhalve niet worden gezegd dat deze doorgaans stoffelijk of onstoffelijk is. Slagter maakt een onderscheid tussen stoffelijke en niet-stoffelijke doelen, hetgeen mijns inziens vertaald kan worden met materiële respectievelijk ideële doelen. De coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, naamloze en besloten vennootschap hebben vaak hoofdzakelijk stoffelijke doelen als 'het maken van winst ter verdeling onder de leden' of 'het doen van uitkeringen aan bestuurders, oprichters of aangeslotenen'. De stichting en vereniging hebben in de regel eerder onstoffelijke doelen. Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 33.

zijn, dat men in het kader van marktwerking sterker de nadruk wilde leggen op een bedrijfsmatige uitvoering van de publieke taakdoelstelling, waarbij een verwijzing naar de publieke taak als te beperkend wordt (althans werd) ervaren.<sup>45</sup> Mijns inziens wegen de voordelen van een verwijzing in de doelstelling naar een publiek belang echter zwaarder dan dit eventuele nadeel. Ik kom hier in hoofdstuk 4 op terug bij de bespreking van de doelstelling van de overheidsonderneming in paragraaf 2.2.

Vanwege het in artikel 2:7 BW opgenomen verbod van doeloverschrijding, zou de doelomschrijving zoals die in de statuten moet zijn opgenomen een instrument voor overheidssturing binnen een private overheidsonderneming kunnen zijn.<sup>46</sup> Artikel 2:7 BW bepaalt:

‘Een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling is vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten (...).’

De wederpartij van de rechtspersoon kan aldus op grond van artikel 2:7 BW worden geconfronteerd met een overschrijding van het doel.<sup>47</sup> Maar niet alleen de wederpartij is aan de doelomschrijving gebonden. Op grond van artikel 2:9 BW zijn bestuurders gehouden om de hun opgedragen taak behoorlijk te vervullen<sup>48</sup> en zij dienen mede aan de hand van de doelstelling hun taak in te vullen.<sup>49</sup> De bijzondere taakvervulling van overheidsondernemingen wordt in de praktijk in het algemeen niet in de doelomschrijving opgenomen.<sup>50</sup>

---

45 Zie D. Simons, ‘De rechtsvormen van de overheidsonderneming’, *WPNR* 1970/5067, p. 69.

46 De statuten moeten het doel vermelden. Zie voor de vereniging, de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap en de stichting respectievelijk art. 2:27 lid 4 sub b BW, art. 2:66 lid 1 BW, art. 2:177 lid 1 BW en art. 2:286 lid 4 sub b BW.

47 De bepaling kan op grond van de laatste zin in art. 2:7 BW echter alleen worden ingeroepen door de rechtspersoon zelf.

48 De behoorlijke taakvervulling door bestuurders komt in het kader van de kapitaalvennootschap in par. 2.2 van hoofdstuk 4 aan de orde.

49 Dit wordt aangeduid als de interne werking van het statutaire doel, in tegenstelling tot de in art. 2:7 BW neergelegde externe werking. Zie Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV. een rechtsvergelijkend onderzoek naar de uitvoering van de bepalingen omtrent doeloverschrijding in artikel 9 eerste EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 139 e.v.

50 Zie bijvoorbeeld art. 3.1 van de statuten van NV luchthaven Schiphol, waar met geen enkel woord over het publiek belang wordt gerept. Hierin staat bij de doelomschrijving dat deze inhoudt, het: ‘uitoefenen van het luchthavenbedrijf, waaronder begrepen het (doen) onderhouden, ontwikkelen en exploiteren daarvan, in de ruimste zin van het woord, en voorts het verrichten van alle andere handelingen van commerciële of financiële aard, hetzij direct hetzij indirect verband houdende met het luchthavenbedrijf.’ Zie de statuten per 1 december 2008, te raadplegen via <http://www.schiphol.nl/SchipholGroup1/InvestorRelations/CorporateGovernance.htm>. De minister van Financiën meent dat de desbetreffende publieke belangen bij staatsdeelnemingen meestal goed zijn omschreven, maar dit geschiedt niet

Wellicht wordt zo beoogd te voorkomen dat de doelomschrijving te beperkt is geformuleerd.<sup>51</sup> Mijns inziens zou, wanneer de overheid een (structureel) belang heeft in een (overheids)onderneming, echter steeds een bepaling omtrent het te dienen publieke belang moeten worden opgenomen in de doelstelling. Dit te dienen publieke belang zal zo precies mogelijk geformuleerd moeten zijn, zodat deze onderscheidend vermogen heeft en derhalve kan helpen bepalen wat onder de doelomschrijving valt.<sup>52</sup> Een duidelijke omschrijving van een publiek belang is goed mogelijk, zoals bijvoorbeeld geschiedt bij de omschrijving van publieke belangen van staatsdeelnemingen in sectorale wetten of instellingswetten.<sup>53</sup> Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt zou het publieke belang mijns inziens steviger verankerd zijn door opname in de doelomschrijving.

Onder de huidige regeling is niet snel sprake van doeloverschrijding,<sup>54</sup>

---

door opname van het publiek belang in de doelomschrijving. De minister doelt op de nadere invulling door sectorale wetten of instellingswetten. Zie nader *Kamerstukken II 2008/09*, 28 165, nr. 97, p. 4 en Bijlagen 1 *Kamerstukken II 2008/09*, 28 165, nr. 97, p. 13-20.

- 51 Een stichting met als doelstelling het behoud van objecten met historische en archeologische waarde had bezwaar ingesteld tegen de verlening van een sloopvergunning van een historisch pand. Met betrekking tot de ontvankelijkheid van deze stichting oordeelde de rechtbank echter dat het voeren van bezwaar- en beroepsprocedures in dit geval niet onder de op grond van de statuten toegestane middelen was te vatten. Zie President rechtbank Almelo 29 maart 2000, *LJN*: AA5716. Om ontvankelijk te zijn in een verzoekschriftprocedure in de zin van de Awb moet een rechtspersoon belanghebbende zijn. Dat wil zeggen een rechtstreeks belang aanwezig moet zijn. Op grond van art. 1:2 lid 3 van de Awb worden tevens als de belangen van rechtspersonen beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Indien men uitgaat van de redenering dat al het overheidshandelen en derhalve ook het handelen van de overheidsonderneming in het publiek belang is, zal overschrijding – ongeacht de formulering van het doel – niet aan de orde kunnen zijn. Vergelijk het rapport, *Privaatrechtelijke taakbehartiging door centrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen*, Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie Den Haag 2006, p. 25. Mijns inziens is overheidshandelen dat het publieke belang niet ten goede komt zeer wel mogelijk. Denk bijvoorbeeld aan een onrechtmatige daad door de overheid. De visie die in het rapport wordt gegeven is mijns inziens te theoretisch.
- 52 Zie ABRvS 1 oktober 2008, *LJN* BF3911, nr. 200801150/1. Volgens de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State is het statutaire doel van de stichting Openbare Ruimte, waarin onder meer staat dat zij streeft naar een gezond en duurzaam milieu en een goede ruimtelijke ordening, ‘zo veelomvattend dat het onvoldoende onderscheidend is’ om op grond daarvan te kunnen oordelen dat de stichting belanghebbende is.
- 53 Zie nader *Kamerstukken II 2008/09*, 28 165, nr. 97, p. 4 en Bijlagen 1 *Kamerstukken II 2008/09*, 28 165, nr. 97, p. 13-20.
- 54 Indien (mede) het belang van de betrokken rechtspersoon is gediend, zal niet snel worden geoordeeld dat sprake is van doeloverschrijding. En zelfs wanneer een handeling het belang van de rechtspersoon schaadt, wil dat niet zonder meer zeggen dat hierdoor in strijd met de doelomschrijving is gehandeld. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 74. Zie J.B. Huizink (Rechtspersonen), art. 2:7 BW, aant. 6 en de daar vermelde literatuur. In HR 20 september 1996, *NJ* 1997, nr. 149 (*Playland*), overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk dat de vraag of het belang van de vennootschap gediend is met de handeling, een mede

maar wanneer er in de statuten van de overheidsonderneming expliciet een te behartigen publiek belang is opgenomen, zou de doelstelling een meer gezichtsbepalend kenmerk kunnen en moeten zijn.

Bijkomstige beperking van de inzet van doeloverschrijding als correctie op het handelen van de rechtspersoon, is dat alléén de rechtspersoon een beroep kan doen op de vernietigbaarheid. Dat betekent dat de bestuurders die verantwoordelijk zijn voor de rechtshandeling in strijd met het doel, een beroep zouden moeten doen op doeloverschrijding om aldus de rechtshandeling te vernietigen. De overheid (niet zijnde bestuurder) kan een dergelijke rechtshandeling derhalve niet op basis van het bepaalde in artikel 2:7 BW vernietigen. Zij kan hooguit gebruik maken van eventuele ontslag- en benoemingsbevoegdheden om nieuwe bestuurders te benoemen, die bereid zijn om de desbetreffende rechtshandeling vervolgens te vernietigen.

Bovendien moet in gedachten worden gehouden dat aanpassing van de doelstelling na oprichting in beginsel steeds mogelijk is.<sup>55</sup> Hierdoor is het verbod van doeloverschrijding bij ondernemingen waarin de overheid geen beleidsbepalende invloed (meer) heeft, op zichzelf op de lange termijn in beginsel geen geschikt instrument om het handelen van de rechtspersoon te bepalen.<sup>56</sup> Daarnaast moet men zich realiseren dat de opname van de behartiging van het publiek belang in de doelstelling, niet impliceert dat de overheid – als betrokkene bij de rechtspersoon – andere belangen terzijde kan schuiven. Artikel 2:8 BW houdt namelijk in dat de rechtspersoon en de institutioneel bij

---

bepalende factor is. Voor beantwoording van de vraag of er sprake is van doeloverschrijding is niet alleen de wijze waarop het doel in de statuten omschreven beslissend, maar moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen. Zie het hierboven reeds aangehaalde arrest van HR 20 september 1996, NJ 1997, nr. 149 (*Playland*). Vergelijk ook HR 16 oktober 1992, NJ 1993, nr. 98, m.nt. Ma (*De Wereld*). Wel zal in beginsel de zuivere behartiging van de belangen van derden buiten het doel van de vennootschap vallen. Huizink is kritisch ten aanzien van de tendens dat de Hoge Raad bij een beroep op doeloverschrijding, de omstandigheden van het geval laat prevaleren boven de statutaire doelstelling, zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:7 BW, aant. 6 en in vergelijkbare zin P. van Schilfgaarde, 'Beantwoording rechtsvraag', *WPNR* 1997/6255, p. 86. Ook concernverhoudingen zijn daarbij volgens de jurisprudentie relevant. Zie HR 7 februari 1992, NJ 1992, nr. 438, m.nt. Ma (*Astro*). Zie nader S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, in het bijzonder p. 26 en 176. Er wordt in concernverhoudingen een onderscheid gemaakt tussen *upstream guarantees* (dochtermaatschappij verstrekt zekerheid voor moeder) en *downstream guarantees* (moedermaatschappij verstrekt zekerheid voor dochter). S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, p. 176 stellen omtrent de *downstream guarantee*: '...algemeen wordt erkend dat het bij uitstek de taak van de holding is om voor financiering van de groep als geheel zorg te dragen. (...) Of de doelomschrijving van de holding met zoveel woorden melding maakt van aansprakelijkheidstelling ten behoeve van de groepsmaatschappijen is dan minder van belang.'

55 Voor de stichting geldt dat een wijziging van de doelstelling die in de statuten is opgenomen slechts mogelijk is indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen. Zie art. 2:293 BW.

56 Dit geldt in beginsel, statutaire beperkingen van de wijzigingsmogelijkheden daargelaten.



de rechtspersoon betrokkenen zich redelijk en billijk jegens elkaar dienen te gedragen in het uitoefenen van hun rechten en bevoegdheden.<sup>57</sup> In welke mate de overheid andere belangen terzijde kan schuiven hangt af van de invulling van de wijze waarop de redelijkheid en billijkheid zich verhouden tot het publiek belang. Ik kom hierop terug in de hoofdstukken 3 en 4.

Aldus bezien lijkt een doelomschrijving waarin een verwijzing naar het publiek belang voorkomt, in samenhang met de in artikel 2:7 en artikel 2:9 BW neergelegde regeling mijns inziens geen afdoende instrument om de behartiging van het publiek belang op de lange termijn te garanderen. Hoewel het huidige artikel 2:7 BW wel een aanvullende functie kan hebben die waardevol is bij het vormgeven van de overheidsonderneming, lijkt aanpassing van deze bepaling in verband met de afdwingbaarheid van de bepaling door de overheid gewenst. Ik kom hierop in hoofdstuk 4 terug bij de bespreking van de doelstelling van de kapitaalvennootschap. In dat hoofdstuk wordt ook de verhouding tussen de doelomschrijving en het vennootschappelijk belang bij de overheids-onderneming gedreven in de kapitaalvennootschap, besproken.

#### *De juridische organisatie*

De overheid kan in verschillende hoedanigheden betrokken zijn bij een rechtspersoon. Denk aan de overheid als subsidieverstrekker, contractspartij of externe toezichthouder. Zij kan echter ook institutioneel bij de rechtspersoon betrokken zijn, bijvoorbeeld als bestuurder of als aandeelhouder.<sup>58</sup> Van belang voor de positie van de overheid is de vraag of de overheid een orgaan in de zin van Boek 2 BW is, omdat hieraan consequenties zijn verbonden. Of de overheid als een orgaan van de rechtspersoon is te beschouwen, is afhankelijk van de wijze waarop men invulling geeft aan het begrip 'orgaan'. Van Schilf-gaarde verstaat onder een orgaan: '...een uit een of meer personen bestaande functionele eenheid die door de wet of de statuten met beslissingsbevoegdheid

---

57 Zie art. 2:8 lid 1 BW. De institutioneel betrokkenen zijn degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken. De organen van de rechtspersoon en de leden hiervan behoren hiertoe, maar ook de houders van certificaten, vruchtgebruiker en pandhouders van aandelen. Vanwege het ontbreken van een verbintenissenrechtelijke band tussen de aandeelhouder en de rechtspersoon of de bestuurder en de rechtspersoon is een bijzondere regeling in aanvulling op art. 6:2 BW en art. 6:248 BW vereist. Art. 3:12 BW vult de redelijkheid en billijkheid nader in. Degenen die niet 'als zodanig bij de organisatie zijn betrokken' vallen nog altijd onder de algemeen geldende zorgvuldigheidseisen van art. 6:162 BW.

58 Zie voor een overzicht van sturingsmogelijkheden het rapport 'Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten' in het kader van het parlementair onderzoek, *Kamerstukken I 2012/13*, C, B, p. 11 (Rapport van de tijdelijke commissie voorbereiding parlementair onderzoek privatisering/verzelfstandiging overheidsdiensten).

in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed.<sup>59</sup> Van der Grinten beschrijft organen als: “instanties” binnen de rechtspersoon aan wie krachtens wet of statuten de taak en bevoegdheid toekomt om besluiten te nemen die rechtens gelden als besluit van de rechtspersoon.<sup>60</sup> Bevoegde organen zijn in ieder geval alle in artikel 2:78a/189a BW vermelde organen zoals de algemene vergadering van aandeelhouders, de algemene ledenvergadering, het bestuur en de raad van commissarissen.<sup>61</sup> Of de overheid kan worden aangemerkt als een orgaan van de rechtspersoon, is mijns inziens afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo is de overheid op zichzelf geen vennootschapsorgaan wanneer zij slechts aandeelhouder is in een kapitaalvennootschap. In dat geval maakt zij deel uit van het orgaan van de vergadering van aandeelhouders. Ook wanneer de overheid als het in sommige wettelijke bepalingen gehanteerde begrip ‘ander’ te gelden heeft en op grond van die hoedanigheid bepaalde rechten heeft, is de overheid geen vennootschapsorgaan. Denk aan de wethouder die op grond van de statuten bepaalde goed-

---

59 Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 296 en vergelijk J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3.

60 Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37.

61 Of de ondernemingsraad als orgaan heeft te gelden wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord. Zie P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: Het nieuwe ondernemingsrecht* (bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005 en P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 296. Hoewel het lichaam op grond van de wet met belangrijke beslissingsbevoegdheden in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed, zijn de bevoegdheden van benoeming en ontslag van bestuurders en belangrijke bevoegdheden met betrekking tot voorbereiding en controle op besluiten voor het grootste deel in de Wet op de ondernemingsraden – dus niet als onderdeel van het vennootschapsrecht – geregeld. Bovendien zou het erkennen van de ondernemingsraad als orgaan van de vennootschap de zelfstandigheid van de ondernemingsraad ten opzichte van de vennootschap miskennen. Vgl: Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 95. Hoewel de ondernemingsraad voldoet aan de door Van Schilfgaarde gegeven omschrijving van het begrip orgaan, beschouwt ook hij de ondernemingsraad niet als een orgaan van de vennootschap. In de dertiende druk van 2003 schreef Van Schilfgaarde, nr. 94, hierover: ‘In de literatuur is de vraag gerezen of de ondernemingsraad in voorkomende gevallen als orgaan van de rechtspersoon in de zin van de art. 14-16 kan worden aangemerkt. Daarvoor pleit dat de ondernemingsraad op grond van de wet of de statuten een zekere beslissingsbevoegdheid kan hebben. Daartegen pleit echter dat de ondernemingsraad zijn eigen regeling vindt in de WOR, buiten Boek 2. Tegen die opvatting pleit ook dat de art. 14-16 niet rechtstreeks kunnen worden toegepast op een ondernemingsraad, die niet aan een privaatrechtelijke rechtspersoon verbonden is. Daartegen pleit tenslotte het praktische argument dat de rechtsgeldigheid van een besluit van de ondernemingsraad veelal ter sprake zal komen in een procedure voor de kantonrechter of de ondernemingskamer. Deze colleges zijn niet bevoegd om over een vordering tot vernietiging te beslissen. Op grond van het een en ander meen ik dat de ondernemingsraad niet als orgaan in de zin van de art. 14-16 moet worden aangemerkt.’ In de laatste druk wordt deze conclusie enigszins genuanceerd. Op p. 268 van deze druk wordt gesteld: ‘Ik meen derhalve dat het de voorkeur verdient de OR niet als orgaan van de vennootschap (...) aan te merken.’ Zie in gelijke zin J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3.

keuringsrechten heeft in een stichting.<sup>62</sup> Volgens de opvatting van Van der Grinten is deze buitenstaander niet als orgaan van de rechtspersoon aan te wijzen.<sup>63</sup> Dit is mijns inziens terecht omdat deze 'ander' niet behoort tot de institutionele structuur van de vennootschap. Deze constatering is onder meer relevant bij de bepaling van de gevolgen van gebrekkige besluitvorming binnen een overheidsonderneming.

### *Besluitvorming*

De besluitvorming binnen organen wordt beheerst door de artikelen 2:14 tot en met 2:16 BW. Artikel 2:14 lid 1 BW luidt:

'Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon, dat in strijd is met de wet of statuten, is nietig, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit.'

In het tweede lid van artikel 2:14 BW wordt in aanvulling hierop geschreven:

'Is een besluit nietig, omdat het is genomen ondanks het ontbreken van een door de wet of de statuten voorgeschreven voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen, dan kan het door die ander worden bekrachtigd.'<sup>64</sup>

Uit dit artikel blijkt de relevantie van de invulling van het begrip orgaan. Neemt de overheid als *orgaan* van de rechtspersoon een besluit in strijd met de wet of de statuten dan is dit besluit op grond van artikel 2:14 BW nietig.

---

62 Vergelijk HR 19 oktober 2001, JOR 2002/1 (*Stichting Het Utrechts Monumentenfonds*), m.nt. Blanco Fernández.

63 Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37.

64 Overigens volgt niet in alle gevallen dat niet wordt voldaan aan een eis tot machtiging of toestemming nietigheid. Zie HR 19 oktober 2001, JOR 2002/1 (*Stichting Het Utrechts Monumentenfonds*), m.nt. Blanco Fernández. Zie in het bijzonder overweging 2.20 in de conclusie van de Advocaat-generaal E.M. Wesseling-van Gent: 'Schending van de statutaire beperking van het nemen van besluiten heeft op grond van art. 2:14 lid 1 BW tot gevolg dat het desbetreffende besluit nietig is, alsmede dat het bestuur bij de op dat besluit gebaseerde rechtshandeling op grond van art. 2:292 lid 3 BW niet vertegenwoordigingsbevoegd was. Een beroep hierop kan ingevolge art. 2:292 lid 3 BW alleen worden gedaan door de stichting. Van belang is evenwel dat in het geval de statuten voor het nemen van een besluit de machtiging of toestemming van een ander – een ander orgaan van de rechtspersoon of een buitenstaander – voorschrijven, schending van dit voorschrift alleen dan tot nietigheid leidt indien het gaat om machtiging of toestemming vooraf. Het niet nakomen van een statutaire eis van toestemming achteraf heeft geen nietigheid van het besluit ten gevolge, doch staat slechts de uitvoering ervan in de weg totdat die toestemming is verkregen.' En voorts in geval het een besluit zou betreffen dat vooraf goedkeuring vereiste (r.o. 2:22): 'Voor zover art. 11 van de statuten toestemming vooraf vereist, kan het onderdeel evenmin slagen. Het gaat dan immers om een statutair voorschrift dat voor het nemen van een besluit een voorafgaande handeling van een ander voorschrijft. Een besluit dat met schending van een dergelijk voorschrift is genomen, is ingevolge art. 2:14 lid 1 BW nietig, maar kan ingevolge art. 2:14 lid 2 BW nog door die ander worden bekrachtigd.'

Indien de overheid als *buitenstaander* het recht heeft om bepaalde besluiten te nemen, vallen deze niet onder artikel 2:14 BW. Huizink meent dat een besluit van een buitenstaander ook via de regels van nietigheid en vernietigbaarheid van de artikelen 2:14-16 BW kan worden aangetast bij schending van statutaire of wettelijke voorschriften.<sup>65</sup> Hoewel de buitenstaander mijns inziens echter geen orgaan is, zal de geldigheid van een door hem genomen besluit – op grond van wetsystematische redenen en het oogpunt van rechtsbescherming – toch onder de regels van de artikelen 2:14-16 BW moeten vallen via analoge redenering.<sup>66</sup> Een andere zienswijze zou het onwenselijke gevolg kunnen hebben dat geen sanctie van nietigheid op een door een wethouder genomen besluit kan volgen.<sup>67</sup> Niet alleen zou artikel 2:14 BW in dat geval niet van toepassing zijn, maar ook de publiekrechtelijke regeling zou niet van toepassing zijn op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 3.

De nietigverklaring kan de mogelijkheid bieden om de gevolgen van het nietige besluit weg te nemen. Dit verleent een bepaalde mate van controle, zij het achteraf. Bepaalde gevolgen zullen bezwaarlijk terug zijn te draaien zonder schade te berokkenen aan derden. Daarbij komt dat de overheid mijns inziens ook in deze situatie aan bepaalde (bestuursrechtelijke) normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden is, waardoor het wellicht lastig is om gebruik te maken van deze mogelijkheid. Bij de toelaatbaarheid van een beroep door de overheid als buitenstaander op de artikelen 2:14-16 BW moet worden meegewogen of de derde uit de statuten of wet kon opmaken dat er sprake kon zijn van een nietig of vernietigbaar besluit. Overigens moet worden opgemerkt dat (bodem)procedures op basis van deze bepalingen in de praktijk niet vaak voorkomen,<sup>68</sup> maar in geval van een overheidsonderneming ook niet geheel ondenkbaar zijn. Denk aan de hoog opgelopen me-

---

65 Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3. waar het begrip buitenstaander wordt gebruikt.

66 Het begrip orgaan kan in sommige wettelijke bepalingen gelet op de context waarin de term is gebezigd en gelet op de wetsgeschiedenis een andere, ruimere betekenis hebben. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37. Anders Huizink, die de redenering van Van Schilfgaarde volgt. Wanneer bepaalde besluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van anderen, ziet hij deze anderen als orgaan in de zin van de art. 2:14-16 BW. Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3.

67 Overigens zou de geldigheid van een dergelijk besluit van de overheid, niet zijnde een orgaan, eventueel kunnen worden aangetast wegens onrechtmatigheid of strijd met de redelijkheid en billijkheid. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37. Anders Huizink die rechtstreekse toepasselijkheid van art. 2:14 BW aantrekkelijker acht, zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3. In deze zin ook P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 75.

68 Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 2. Als al een beroep wordt gedaan op deze bepaling is het veelal in kortgedingprocedures. Zie Rb. Almelo 22 oktober 2003, *JOR* 2003, nr. 279 m.nt. G.J.C. Rensen (*Gelink*) en Rb. Assen 22 september 1998, *JOR* 1999, nr. 5 (*Spijkstaal*).

ningsverschillen tussen de gemeente Amsterdam en de Staat met betrekking tot hun deelnemingen in NV Luchthaven Schiphol.<sup>69</sup>

### 3 DE OVERHEIDSONDERNEMING IN PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSPERSONEN

#### 3.1 Belang van rechtspersoonlijkheid voor de overheidsonderneming

Hierboven is ingegaan op het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Alvorens nader in te gaan op de afzonderlijke privaatrechtelijke rechtspersonen, komt in deze paragraaf het belang van een eigen (van de Staat afzonderlijke) rechtspersoonlijkheid aan de orde.

Reeds in 1970 worden door Simons motieven omschreven op grond waarvan een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid – hetzij publiekrechtelijk, hetzij privaatrechtelijk – voor de overheidsonderneming wenselijk werd geacht.<sup>70</sup> Hij noemt als motieven de algemene verzelfstandigingsdrang, een grotere bewegingsvrijheid ten aanzien van het personeelsbeleid, het financieringsbeleid en vermindering van toezicht en controle.<sup>71</sup>

De wens om een overheidsonderneming te drijven in een rechtspersoonlijkheid bezittende organisatie hangt nauw samen met artikel 2:5 BW. Op grond van artikel 2:5 BW wordt de rechtspersoon voor het vermogensrecht gelijkgesteld met een natuurlijk persoon: een rechtspersoon is aldus drager van vermogensrechtelijke rechten en plichten. Het vermogen van een rechtspersoon behoort toe aan de rechtspersoon zelf en niet aan de aandeelhouders of leden. Indien de wens bestaat om een bepaalde dienst buiten de Rijksbegroting te plaatsen, is het uitvoeren van deze dienst door een rechtspersoon een wijze om financiële onafhankelijkheid te bewerkstelligen. Het vermogen van een in een afzonderlijke rechtspersoon ondergebrachte overheidsonderneming behoort namelijk in beginsel niet toe aan de (Rijks)overheid.<sup>72</sup>

---

69 Zie hiervoor nader hoofdstuk 6.

70 Zie D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 71-72.

71 Daarnaast kunnen er ook bijzondere motieven bestaan. Zie D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 72, geeft het voorbeeld van de door de Staat afgegeven waarborg voor de terugbetaling van de bij de Rijkspostspaarbank ingelegde gelden: 'Zulk een waarborg zou juridisch geen betekenis hebben, wanneer zij niet betekenis zou hebben op een andere rechtspersoon dan de Staat.'

72 Zo wordt het saldo van overheidsondernemingen bij het EMU-saldo en de EMU-schuld betrokken, voor zover deze ondernemingen deel uitmaken van de sector overheid. Of dit het geval is wordt door het CBS beoordeeld van geval tot geval. Vergelijk het antwoord van de minister van Financiën met betrekking tot overheidsstichtingen, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 6, p. 10. De (waarde van de) aandelen maken wel deel uit van het vermogen van de overheid.

Deze gelijkstelling met de natuurlijke persoon is overigens niet onbeperkt. Er is een wettelijke beperking: gelijkstelling is mogelijk 'tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit'.<sup>73</sup> Een voor de overheidsonderneming relevant voorbeeld vinden we in artikel 2:250 BW. Een rechtspersoon kan op grond van dit artikel geen commissaris in de raad van commissarissen zijn. De overheid kan derhalve niet zelf commissaris zijn, slechts de benoeming door de overheid van een natuurlijk persoon als commissaris behoort tot de mogelijkheden.<sup>74</sup>

De ratio achter de keuze voor een eigen rechtspersoonlijkheid, in het bijzonder de privaatrechtelijke, is in de loop der jaren nauwelijks veranderd. Met het oog op een eventuele toekomstige (volledige) verkoop van ondernemingen die in overheidshanden zijn, is in veel gevallen voor de privaatrechtelijke kapitaalvennootschapsvorm gekozen. Ook wordt als argument voor de privaatrechtelijke boven de publiekrechtelijke rechtsvorm vaak efficiëntie gehoord.<sup>75</sup> Een ander voordeel is dat het eventueel negatieve vermogen van een privaatrechtelijke rechtspersoon anders dan dat van een publiekrechtelijke rechtspersoon in beginsel niet op de overheidsbegroting staat.<sup>76</sup> Bovendien is zeker mede bepalend voor decentrale overheden dat zij zelf geen publiekrechtelijke rechtspersoon bij wet kunnen oprichten.<sup>77</sup> Simons stelt dat in sommige gevallen de voorkeur voor de privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid voortkwam uit een praktische noodzaak (tekortkomingen van de wettelijke bepalingen omtrent gemeenschappelijke regelingen). In andere gevallen werd deze voorkeur volgens Simons ingegeven door een historisch aldus gegroeide situatie:

'Wanneer de Staat aandelen verwierf van reeds bestaande naamloze vennootschappen die een bedrijf uitoefende, werd in het algemeen wenselijk geacht die bestaande rechtsvorm te handhaven. Dat is geschied bij de overneming van de aandelen van de spoorwegmaatschappijen en bij die van de N.V. Nederlandsche Bank.'<sup>78</sup>

Ook bij de nationalisering van Fortis NV en ABN-AMRO NV door de Nederlandse Staat in 2008 bleef de vennootschapsvorm gehandhaafd. Hier speelde ook mee

---

73 Zo is het recht op bewoning van art. 3:226 BW specifiek op natuurlijke personen toegespitst en heeft de informele vereniging bijvoorbeeld beperkte rechtsbevoegdheid.

74 Zie hoofdstuk 4.

75 Zie ook *Privaatrechtelijke taakbeartiging door centrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen*, Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie, Den Haag 2006, p. 25. Overigens ligt in dit laatste rapport de nadruk met name op de mogelijkheid van samenwerking met particuliere partijen en veel minder op de optie van privaatrechtelijke rechtsvorm als een instrument om een onderneming met een zeker publiek belang in te drijven.

76 Dit was in de jaren negentig van de vorige eeuw een van de hoofdredenen om privaatrechtelijke rechtspersonen te bezigen opdat werd voldaan aan de in hoofdstuk 1 genoemde EMU-normen.

77 Art. 2:1 lid 2 BW.

78 Zie D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 72.

dat overheidsdeelname slechts tijdelijk werd beoogd.<sup>79</sup> Over de maximale duur van een dergelijke tijdelijke deelneming bestaat geen consensus. Het tijdelijke aspect kan aantrekkelijk zijn, zoals de nationalisatie van ABN-AMRO NV aantoont (in 2013 bestaat nog geen duidelijkheid ten aanzien van terugtrekking door de overheid).<sup>80</sup>

In de praktijk blijkt ook bij de leiding van de overheidsonderneming<sup>81</sup> een voorkeur te bestaan voor de privaatrechtelijke rechtsvorm. Motieven voor het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm boven een publiekrechtelijke variant kunnen zijn de snelheid en gemak van oprichting, flexibiliteit, de reductie van het aantal ambtenaren, een verminderde noodzaak tot detailbemoedienis met de taakuitvoering, het ontkomen aan toezicht, controle en verantwoording, een beoogde samenwerking met particulieren en een zekere onafhankelijkheid van het (beleids)ministerie.<sup>82</sup>

In beginsel heeft de wetgever echter een voorkeur voor publiekrechtelijke rechtsvormen. Dit komt reeds bij de parlementaire behandeling van de Provinciewet 1962 naar voren.<sup>83</sup> Maar hoewel tijdens de behandeling van de Provinciewet 1992 deze voorkeur nogmaals wordt uitgesproken, wordt de privaatrechtelijke rechtsvorm niet uitgesloten:

‘In het algemeen verdient het dan ook de voorkeur dat het openbaar belang wordt behartigd langs de daarvoor geëigende, publiekrechtelijke weg. Publiekrechtelijke rechtsvormen zijn onderworpen aan de regels van het publiekrecht, zoals bijvoor-

---

79 Het tijdelijk karakter van de staatsdeelnemingen in Fortis Bank Nederland, ASR, Fortis Corporate Insurance en RFS Holdings (de Staat heeft het Fortis-deel in deze holding waarin ABN AMRO), heeft altijd voorop gestaan. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 12. Zie ook nader de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 24 januari 2011 over het exitbeleid van financiële deelnemingen, *Kamerstukken II* 2010/11, 28 165, nr. 117.

80 De lijsttrekker van de Partij van de Arbeid stelde zelfs voor ABN-AMRO voor 50% in overheidshanden te houden. Zie *De Volkskrant* 15 augustus 2012, ‘PvdA wil ABN Amro in overheidshanden houden’.

81 Zie par. 5.3 hoofdstuk 1, en voorts D. Simons, ‘De rechtsvormen van de overheidsonderneming’, *WPNR* 1970/5067, p. 73 over de situatie in 1970. Maar ook tegenwoordig bestaat bij de leiding van overheidsondernemingen de wens om een zo groot mogelijk autonomie te bereiken hetgeen kan worden bewerkstelligd door het verkrijgen van een eigen identiteit en derhalve rechtspersoonlijkheid. Zie Cerfontaine – toenmalig president-directeur van NV Luchthaven Schiphol – die ondanks de naamloze vennootschapsvorm meer vrijheid wenselijk acht, in *Schiphol Group Jaarverslag 2007*, p. 7: ‘Wij blijven het jammer vinden dat na de beursgang ook de geplande onderhandse plaatsing door de Staat van een minderheidsbelang in Schiphol Group niet is doorgedaan.’ Ook de huidige minister van Financiën zei vlak na de (aanvankelijk plannen tot gedeeltelijke) nationalisatie dat de overheid niet zelf voor bankier moet spelen na vragen over de bedrijfsvoering.

82 Deze zijn dezelfde als de motieven voor de oprichting van de overheidsstichting. Zie Algemene Rekenkamer, ‘Zicht op overheidsstichtingen 2011’, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 12 en de aldaar genoemde literatuur.

83 Zie *Handelingen II* 1958/59, 5460, nr 5, p. 13.

beeld de regels vastgelegd in de Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen. Hierin zijn bepaalde waarborgen opgenomen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Bij privaatrechtelijke rechtsvormen gelden deze waarborgen niet. Daarom moet de privaatrechtelijke rechtsvorm wel bijzonder aangewezen worden geacht voor de behartiging van een bepaald openbaar belang, wil deze in aanmerking kunnen komen.<sup>84</sup>

In de praktijk blijkt ongeacht de voorkeur voor de publiekrechtelijke rechtspersoon, regelmatig te worden gekozen voor de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>85</sup> De motivering voor de keuze van privaatrechtelijke rechtspersonen is volgens sommigen betrekkelijk. Zo wordt voor provincies en gemeenten gesteld dat:

‘Uit het onderzoek naar de argumenten die gemeenten en provincies aandragen voor de privaatrechtelijke taakbeartiging is gebleken dat deze over het algemeen beperkt, vrij algemeen en oppervlakkig zijn. Door diverse provincies is aan[ge]geven dat soms de indruk bestaat dat gemeenten hun motivering toeschrijven naar een reeds gemaakte keuze voor een bepaalde rechtsvorm.’<sup>86</sup>

Indien een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid wenselijk wordt geacht, is een voorkeur voor een privaatrechtelijke rechtsvorm in het geval het een hoofdzakelijk in het economisch verkeer werkzame onderneming betreft, mijns inziens echter begrijpelijk. Dit kan anders zijn wanneer het een met openbaar gezag beklede instelling, met een hoofdzakelijk publiekrechtelijke taak die niet binnen het economisch verkeer opereert, betreft. Dat hier sprake is van een grijs gebied kan worden geïllustreerd aan de hand van de oprichting van de DNB NV. Mede vanwege de door de privaatrechtelijke rechtsvorm nog sterker benadrukte onafhankelijkheid werd het gebruik van de naamloze vennootschapsvorm geprefereerd.<sup>87</sup>

### 3.2 De oprichtende overheid en de tweewegenleer

Aanvankelijk werd aangenomen dat de overheid in beginsel de vrijheid had om te kiezen voor het gebruik van privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke middelen bij de behartiging van het algemeen belang op basis van de gemene

---

84 Zie *Kamerstukken II 1988/89*, 19 836, nr. 9, p. 105-107.

85 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 8.

86 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 25.

87 Zie D. Simons, ‘De rechtsvormen van de overheidsonderneming’, *WPNR 1970/5067*, p. 72.



rechtsleer, op grond waarvan het privaatrecht het uitgangspunt was.<sup>88</sup> Deze gemene rechtsleer werd opgevolgd door de tweewegenleer. De wettelijke grondslag voor de tweewegenleer kan worden gevonden in de artikelen 2:1 en 2:5 BW, waaruit blijkt dat de Staat en decentrale overheden als rechtspersoon gelijk worden gesteld met natuurlijke personen wat betreft het vermogensrecht.<sup>89</sup> De gemengdheid van publiek- en privaatrecht volgt uit wederzijdse schakelbepalingen.<sup>90</sup> De Hoge Raad liet het openbaar bestuur – ondanks de geclausuleerde beperking van de keuzemogelijkheid, vanwege een algemene terughoudendheid wat betreft het beoordelen van bestuursdaden – veel ruimte om beleid te voeren.<sup>91</sup> Het werd het openbaar bestuur derhalve toegestaan naar goedeenken ofwel de publiekrechtelijke, ofwel de privaatrechtelijke weg te bewandelen en het gegeven dat met de publiekrechtelijke weg eenzelfde resultaat kon worden bereikt was geen factor die meewoog bij de vraag naar de beperking van de keuzemogelijkheid. De marginale toetsing heeft echter plaatsgemaakt voor een strengere, inhoudelijke toetsing.

Naar aanleiding van veel gehoorde kritiek op de tweewegenleer die zo-gezegd (te)veel ruimte toestond waardoor misbruik<sup>92</sup> van privaatrecht kon worden gemaakt en derhalve schending van het *détournement de pouvoir* principe kon plaatsvinden, heeft de Hoge Raad nuanceringen aangebracht op de

88 Deze gemene rechtsleer veronderstelde dat het privaatrecht steeds het gemene recht zou zijn, ook voor de overheid. Zie P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2: Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 138.

89 Zie W.J.J. Beurskens, *De Hoge Raad en de twee-wegenleer* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 6), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 11.

90 Een voorbeeld hiervan is art. 3:59 BW dat enkele algemene vermogensrechtelijke bepalingen buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing verklaart voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Andere schakelbepalingen zijn de artikelen 3:14, 3:15, 3:79 en 3: 326 BW en art. 3:1 lid 2 Awb. Zie W.J.J. Beurskens, *De Hoge Raad en de twee-wegenleer* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 6), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 40. Zie in die zin ook S.A. Stevens, *De belaste overheid* (Fiscale monografieën 109), Deventer: Kluwer 2003, p. 83.

91 Zie W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 61.

92 De instrumentele functie van het recht die wordt verdedigd door Scheltema ondervindt kritiek van Tak en De Haan, omdat deze kan leiden tot misbruik van het privaatrecht. Zie P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (Preadvies voor de christen juristenvereniging), Den Haag: SDU 1998, p. 6. Het misbruik zou onder andere kunnen bestaan in de wens om de hogere bescherming van publiekrechtelijke regels in verhouding tot de onder het privaatrecht gebonden bescherming te omzeilen. Zo zou de keuze voor een privaatrechtelijke rechtspersoon boven een publiekrechtelijke ingegeven kunnen zijn door de wens om personeel niet als ambtenaar aan te willen stellen. Zie in die zin B. de Goede en M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen* (Preadvies algemene vergadering 18 mei 1956, Geschriften van de Vereniging voor administratief recht), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink NV 1956, p. 7.

tweewegenleer in het Windmill arrest.<sup>93</sup> De Hoge Raad hecht meer waarde aan het exclusieve karakter van publiekrechtelijke bevoegdheden. Indien een publiekrechtelijke bevoegdheid een exclusief karakter heeft, sluit dit het gebruik van de privaatrechtelijke weg af.<sup>94</sup> De in het Windmill arrest aangebrachte nuancering op de tweewegenleer, houdt in dat de privaatrechtelijke weg is toegestaan, mits deze de publiekrechtelijke weg niet doorkruist.<sup>95</sup> Dit gaat sommigen, zoals Stroink, nog niet ver genoeg.<sup>96</sup>

Interessant is de vraag hoe de wettelijke regeling voor wat betreft de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen zich verhoudt tot deze in de jurisprudentie ontwikkelde tweewegenleer, in het bijzonder in het kader van de vraag

---

93 Hoewel eerdere uitspraken al wezen op een veranderde opvatting wordt het Windmill arrest algemeen aangegrepen als omslagpunt. HR 26 januari 1990, NJ 1991, nr. 393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill arrest*). Zie voor een opsomming van eerdere uitspraken die reeds tornden aan de oorspronkelijk zeer ruime tweewegenleer W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 67-68. De tweewegenleer in de zin van vrije toepassing van het privaatrecht voor publieke doeleinden ondergaat ten minste vijf beperkingen, welke niet allen uit het Windmill arrest volgen, namelijk: algemene beginselen van behoorlijk bestuur; doorkruisingsleer van de HR; algemene rechtsbeginselen uit het BW; toepassing Awb op privaatrechtelijke handelingen; en bijzondere wet- en regelgeving. Zie P. de Haan, *Publiek- en Privaatrecht; overheidsbeleid en recht*, Deventer: Kluwer 2002. De mogelijkheid tot misbruik moet worden verminderd door de volgende vijf beperkingen. In art. 3:14 BW is het verbod op het gebruik door de overheid van privaatrechtelijke bevoegdheden als dat strijd oplevert met de geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht vervat. Art. 3:1 lid 2 Awb bepaalt dat publiekrechtelijke besluitvormingsprocedures op 'privaatrechtelijk' overheidshandelen van toepassing is. Verder heeft de Hoge Raad de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing verklaard op situaties waarin de overheid gebruik maakt van het privaatrecht en geldt zoals in de hoofdtekst is uitgewerkt een verbod van doorkruising van het publiekrecht door het gebruik van privaatrecht. Ook heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State overheidsprivaatrecht steeds meer tot haar jurisdictie gerekend door het toepassen van algemene rechtsbeginselen. Zie P. de Haan, *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1999, p. 19.

94 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 14.

95 Zie tevens HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (*De Pina/Helmond*) waarin de Hoge Raad overwoog dat de regeling in de Woonwagenwet met het oog op de bescherming van de belangen van woonwaggebouwers op onaanvaardbare wijze doorkruist zou worden indien op basis van privaatrecht (ontruiming op basis van het eigendomsrecht) gehandeld zou worden, omdat dan geen toestemming van gedeputeerde staten vereist zou zijn. In HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad BV/Lelystad*) overwoog de Hoge Raad dat het in een privaatrechtelijke overeenkomst opnemen van voorwaarden ten aanzien van grondgebruik geen onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht inhield, aangezien het preventief toezicht op gemeentelijke onroerend goedtransacties was afgeschaft en gemeenten op dit gebied veel vrijheid was gelaten.

96 Stroink staat een volledige verlatting van de tweewegenleer voor. Indien een publiekrechtelijke weg bestaat, moet deze worden gevolgd. Zie F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgever 2006, p. 6-7.

of er sprake is van onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Wat betreft het oordeel of sprake is van doorkruising moet onderscheid worden gemaakt tussen de Staat en de decentrale overheden. Aan de hand van vereisten voorafgaande aan de oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat en decentrale overheden, moet worden bezien in hoeverre de genuanceerde tweewegenleer ruimte laat te kiezen voor privaatrechtelijke rechtspersonen ter uitvoering van publieke taken. In hoeverre het bestuursrecht op de privaatrechtelijke overheidsonderneming van toepassing is, komt aan de orde in hoofdstuk 3.

Wat formele vereisten betreft, geldt voor de Staat dat alvorens hij kan overgaan tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon, op grond van de Comptabiliteitswet 2001, een mededeling van dat voornemen aan de beide Kamers vereist is. Artikel 34 lid 1 Comptabiliteitswet luidt:

‘Het oprichten of mede-oprichten, dan wel het doen oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat zal niet eerder plaatsvinden dan 30 dagen, nadat van het voornemen daartoe door Onze betrokken Minister, in overeenstemming met het oordeel van de ministerraad, schriftelijk mededeling is gedaan aan de Staten-Generaal.’<sup>97</sup>

Binnen deze dertig dagen termijn kunnen beide Kamers nadere inlichtingen vragen. De oprichting van de rechtspersoon zal niet eerder plaatsvinden dan nadat deze inlichtingen zijn verstrekt.<sup>98</sup> Mede naar aanleiding van deze gegevens kan een van de Kamers van de Staten-Generaal oordelen dat de oprichting van de desbetreffende rechtspersoon voorafgaande machtiging bij wet behoeft.<sup>99</sup> In deze machtigingswet kan worden voorzien in een afwijking van het rechtspersonenrecht. Niet alleen de oprichting, maar ook de deelneming door de Staat in een naamloze of besloten vennootschap dient schriftelijk te worden medegedeeld aan de Staten-Generaal.<sup>100</sup>

---

97 Op grond van het tweede lid wordt bovendien overleg gevoerd met de Algemene Rekenkamer over de voorgenomen rechtshandeling. De Algemene Rekenkamer toetst in haar advies of de Algemene rekenkamer taken/bevoegdheden heeft bij de op te richten stichting en of het toezicht en de verantwoording deugdelijk zijn geregeld. Zie Algemene Rekenkamer, ‘Zicht op overheidsstichtingen 2011’, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 13.

98 Art. 34 lid 3 Comptabiliteitswet.

99 Tot de wijziging van de Comptabiliteitswet in 1998 was een dergelijke machtiging voor de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon de regel. Zie art. 34 Comptabiliteitswet (oud).

100 Zie art. 34 lid 5 Comptabiliteitswet: ‘Deelneming door de Staat in een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de Staat ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt dan wel door die deelneming zal verkrijgen, zal, indien daarmee een groter financieel belang is gemoeid dan een door Onze Minister van Financiën vast te stellen bedrag, niet eerder plaatsvinden dan 30 dagen nadat van het voornemen daartoe aan de Staten-Generaal schriftelijk mededeling is gedaan.’ Ook hier kan een van de Kamers, na inlichtingen, een machtigingswet eisen aangezien art. 34 lid 3 en 4 Comptabiliteitswet van overeenkomstige toepassing verklaard worden in lid 5.

Bij de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat, volstaat derhalve in beginsel een schriftelijke mededeling aan de Staten-Generaal. Bij de oprichting van, of deelneming in een privaatrechtelijke rechtsvorm door de Provincie, is op grond van artikel 158 lid 3 van de Provinciewet de goedkeuring van de minister van Binnenlandse Zaken vereist.<sup>101</sup> De minister kan zijn goedkeuring slechts onthouden 'wegens strijd met het recht of het algemeen belang.'<sup>102</sup> Voor de oprichting van, of deelneming in een privaatrechtelijke rechtsvorm door een gemeente geldt op grond van artikel 160 van de Gemeentewet een soortgelijke regeling, waarbij goedkeuring door Gedeputeerde Staten vereist is.

Overigens kan een besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door een provincie of een gemeente op grond van lid 2 van respectievelijk artikel 158 Provinciewet en 160 Gemeentewet alleen worden genomen:

'...indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.'

De eis dat de privaatrechtelijke vorm in het bijzonder moet zijn aangewezen, houdt mijns inziens echter nog geen afwijking van de genuanceerde tweewegenleer in en sluit het gebruik derhalve niet geheel op voorhand uit.<sup>103</sup> Ik ben met Troostwijk eens dat in het algemeen niet kan worden gezegd dat waar een publiekrechtelijke vorm voorhanden is, de bescherming van de burger meebrengt dat die vorm moet worden gehanteerd.<sup>104</sup> Zolang er geen strijd is met de positieve wetbepaling, en/of het doel en de strekking van de regeling – hetgeen van geval tot geval zal moeten worden bekeken – is er geen sprake van misbruik van het recht.<sup>105</sup> Indien daarnaast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen, is er geen reden om het openbaar bestuur niet de vrije keus tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke vorm te laten. Mijns inziens kan het gebruik van de privaatrechtelijke vorm te laten.

---

101 De rol van de minister van Binnenlandse zaken (en voor de gemeenten, de Gedeputeerde Staten) is niet onbegrijpelijk in het licht van zijn verantwoordelijkheid voor de inrichting van het bestuursapparaat, hoewel gezien de centrale rol van de minister van Financiën ten aanzien van het deelnemingenbeleid, mijns inziens afstemming van de verschillende publieke belangen door dit departement mij wellicht meer in de rede ligt.

102 Art. 158 lid 3 Provinciewet.

103 Zie W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 72.

104 Zie reeds B. de Goede en M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen* (Preadviezen algemene vergadering 18 mei 1956. Geschriften van de Vereniging voor administratief recht), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink&zoon NV 1956, p. 70-71.

105 Zie HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, nr. 393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill arrest*).

rechtelijke rechtspersoon als overheidsonderneming zijn toegelaten.<sup>106</sup> Ook uit het in hoofdstuk 1 besproken deelnemingenbeleid, blijkt dat de minister niet afwijzend staat tegenover het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen, mits het aandeelhouderschap van de overheid waarde toevoegt.<sup>107</sup> Of het gebruik in concreto is toegelaten, hangt – zoals iedere toetsing aan de tweewegenleer – af van de omstandigheden van het geval.

De inkleuring van de omstandigheden kan, naast bovengenoemde formele vereisten, geschieden aan de hand van de zes door Schreuder geformuleerde beoordelingsmaatstaven bij privaatrechtelijke verzelfstandiging via de vennootschapsvorm ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak.<sup>108</sup> De eerste beoordelingsmaatstaf is dat niet voor taakverrichting door een privaatrechtelijke rechtspersoon moet worden gekozen, wanneer de overheid een dermate invloed wil behouden dat deze leidt tot denaturering van de aard van de private rechtspersoon. Dit houdt in dat de specifieke institutionele vormgeving van privaatrechtelijke rechtspersonen grotendeels moet worden gerespecteerd. Mijns inziens hoeft dit niet te betekenen, dat geen rekening kan worden gehouden met het publiek belang als leidraad in vennootschapsrechtelijke verhoudingen. De overheid kan gebruik maken van de mogelijkheden die Boek 2 BW bijvoorbeeld elke aandeelhouder – zo ook de overheid – biedt, zij het dat de inachtneming van publiekrechtelijke normen en Europeesrechtelijke normen kan inhouden, dat de overheid als aandeelhouder een minder grote vrijheid heeft haar invloed te institutionaliseren door bijvoorbeeld stemovereenkomsten af te sluiten. Rekening houdende met het karakter van de desbetreffende rechtsvorm, kunnen echter wel degelijk bijzonderheden om de publieke taakuitvoering te garanderen in het vennootschapsrechtelijke weefsel worden geïntegreerd, zoals bijvoorbeeld de opname van het te behartigen publieke belang in de doelstelling. Hierover volgt meer in paragraaf 2.2 van hoofdstuk 4.

Samenhangend met deze eerste beoordelingsmaatstaf, stelt Schreuder ten tweede dat de opgedragen taak zich moet verdragen met een winststreven. De overheidsonderneming in vennootschapsvorm zal over het algemeen een winststreven hebben, zij het dat deze mijns inziens achtergesteld moet worden bij het te behartigen publieke belang. De overheid streeft ernaar als aandeelhouder te besluiten over de bestemming van de winst en eventuele uitkeringen ten laste van de reserves.<sup>109</sup> Mijns inziens zou deze sturingsmogelijkheid

---

106 Zie ook *Handelingen II* 1958/59, 5460, nr. 5, p. 13: 'het gaat te ver het gebruik van de privaatrechtelijke vorm uit te sluiten in gevallen waarin de publiekrechtelijke weg wel mogelijk is, doch de andere weg verre de voorkeur verdient.'

107 Zie het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8.

108 Zie C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 406-411.

109 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 6.

moeten worden gebruikt om de winstuitkering in overeenstemming te laten zijn met de behartiging van het publiek belang. De winstuitkering zou gemaximeerd moeten worden, aangezien dit beter overeenstemt met het deels publieke karakter van de onderneming. Passend bij publieke taakuitvoering, is dat winstbehaling niet voorop staat. Hoewel de aandeelhouders van de overheids-onderneming in een kapitaalvennootschap derhalve mogen verwachten dat er winstuitkering plaatsvindt, overeenstemmend met een redelijke vergoeding voor het verschaft kapitaal, zal de winstuitkering in de overheids-onderneming aangepast moeten worden aan het karakter van de publieke dienst die zij verleent. Deze beperking doet geen afbreuk aan de vennootschapsvorm en laat ruimte voor de vormgeving van publieke taakbehartiging in de vennootschapsvorm. Een bedrijfsmatige uitvoering hoeft immers niet te betekenen dat winstmaximalisatie als enige prioriteit voorop wordt gesteld.

De derde beoordelingsmaatstaf dat geen neventaken dienen te worden opgedragen die spanning veroorzaken tussen het belang van de vennootschap en een adequate publiekrechtelijke taakuitvoering, lijkt voor de hand te liggen. Zolang dergelijke taken op grond van een wettelijke basis worden opgelegd en de aldus opgelegde verplichtingen evenzeer gelden voor eventueel aanwezige concurrerende private ondernemingen, lijkt deze maatstaf mijns inziens geen belemmering op te werpen. Schreuder noemt als voorbeeld de voorlichtingstaak van energiebedrijven om energieverbruik te reduceren. Dat dergelijke voorlichting tot een lagere omzet leidt, hoeft niet te betekenen dat deze taak niet op grond van het publiek belang aan een energiebedrijf kan worden opgelegd en dat dit strijd oplevert met het vennootschapsbelang. Bepaalde dienstverleningen, kunnen verplichtingen met zich meebrengen in naam van het desbetreffende publieke belang zoals ook telecomaانبieders de verplichting om telefoongidsen te verspreiden kan worden opgelegd.<sup>110</sup> Deze neventaken lijken derhalve eerder een brug tussen het vennootschapsbelang en de publieke taak te vormen, dan een reden om de publieke taak niet middels commerciële bedrijfsvoering uit te (laten) voeren.

De vierde maatstaf luidt: 'Voor de situatie dat een voor de uitvoering van een bepaalde publiekrechtelijke taak opgerichte privaatrechtelijke organisatie naast de publiekrechtelijke taak neventaken op zich neemt, dient (in de statuten) de verhouding tussen deze taken zodanig te zijn geregeld, dat de publiekrechtelijke taak de hoofdtaak van de organisatie is en blijft.'<sup>111</sup> Aldus is vereist

---

110 Zie art. 7.5 jo art. 18.10 Telecommunicatiewet en Huisjes 2009 (*T&C Telecommunicatierecht*), art. 7.5, aant. 1.

111 Wat betreft de strategie van staatsdeelnemingen geldt dat deze het publieke belang van de deelneming moet ondersteunen. Dit betekent niet dat de strategie van de deelneming uitsluitend beperkt is tot de directe realisatie van het met de deelneming gemoeide publieke belang. Aanvullende activiteiten zijn mogelijk zolang deze (de borging van) het publieke

dat bij de belangenafweging in het vennootschapsrechtelijke kader prioriteit kan worden gegeven aan het publieke belang. In paragraaf 4.2.3. van hoofdstuk 4 wordt beargumenteerd dat dit mijns inziens mogelijk is. Ik kom in hoofdstuk 8 terug op de concrete invulling van deze maatstaf.

De vijfde maatstaf houdt het volgende in: 'De publiekrechtelijke taak (en de daaruit voortvloeiende werkzaamheden) dienen nauwkeurig te kunnen worden omschreven.' Schreuder geeft aan dat een onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke taak noodzakelijk is omdat een verschillende – namelijk een respectievelijk privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke – normering, van toepassing kan zijn. Zoals in paragraaf 3.3 en paragraaf 3.4 van hoofdstuk 3 wordt besproken, is het mijns inziens wenselijk en mogelijk dat op de overheidsonderneming steeds bepaalde publieke normen<sup>112</sup> (zoals bijvoorbeeld algemene beginselen van behoorlijk bestuur) van toepassing zijn, vanwege de sterke verbondenheid met de overheid en de bijzondere positie ten opzichte van ondernemingen die geen overheidsonderneming zijn. Voor de concrete toepassing van deze normen, is het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publieke taakvervulling raadzaam, hoewel mijns inziens dus in beginsel geen zuiver privaatrechtelijke normering van het handelen van een overheidsonderneming plaatsvindt. Het handelen van de overheid ter oprichting of deelneming in een overheidsonderneming en het handelen van de overheidsonderneming zelf, wordt in meer of mindere mate steeds mede genormeerd door publiekrechtelijke maatstaven. Dit geschiedt zowel bij de vraag of het de overheid is toegestaan invloed uit te oefenen via een overheidsonderneming als wanneer de overheidsonderneming haar deels publiekrechtelijke taak vervult.

De vierde en vijfde maatstaf houden voor wat betreft de inrichting van de overheidsonderneming feitelijk in dat de doelomschrijving helder moet zijn bepaald en goed moet worden uitgewerkt in de statuten, mede opdat de behartiging van het publieke belang niet in het gedrang komen. Het betrokken publieke belang moet derhalve goed te omschrijven zijn. Dit is zeker mogelijk. De minister van Financiën meent bijvoorbeeld dat de desbetreffende publieke belangen bij staatsdeelnemingen meestal goed zijn omschreven door nadere invulling door sectorale wetten of instellingswetten.<sup>113</sup>

Tenslotte luidt de zesde beoordelingsmaatstaf: 'De aard van de aan een private rechtspersoon op te dragen publiekrechtelijke taak dient zich te verdragen met een normering waarin het eigen belang van de organisatie is verdiscon-

---

belang maar niet ondermijnen, noch de continuïteit van de onderneming bedreigen. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 6-9.

112 Hierbij doel ik aansluitend bij de inhoud van art. 3:14 BW op zowel geschreven als ongeschreven regels van publiekrecht.

113 Zie nader *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 4 en *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 13-20.

teerd.' Aldus moeten volgens de zesde beoordelingsmaatstaf de publieke normen die men op de overheidsonderneming wil toepassen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich verdragen met het karakter en het handelen van de vennootschap. En ook moet het publiek belang een plaats binnen het vennootschappelijk kader krijgen. Dit kan worden bereikt door de doelomschrijving helder te omschrijven en het publieke belang daarin op te nemen. Dit wordt in hoofdstuk 8 nader besproken.

De bovengenoemde beoordelingsmaatstaven worden zoals eerder genoemd, door Schreuder gehanteerd om te bepalen of gekozen mag worden voor de privaatrechtelijke vennootschapsvorm ter uitvoering van een publieke taak. De functie van deze maatstaven is tweëerlei. Enerzijds kunnen de maatstaven worden gezien als beperkingen van de keuzemogelijkheid van de overheid volgens de vereisten van de doorkruisingsleer. Anderzijds, verlenen de maatstaven aan de keuze voor de privaatrechtelijke rechtsvorm, een zekere mate van rechtvaardiging en legitimatie, omdat deze de keuzebevoegdheid conditioneren en normeren. Indien de keuze voor de privaatrechtelijke vennootschapsvorm voldoet aan bovengenoemde normen, zou dit bezwaren tegen het gebruik weg moeten nemen.

Er bestaan derhalve zowel formele als materiële criteria waaraan de overheid de keuze voor een privaatrechtelijke vennootschapsvorm ter uitvoering van een publieke taak kan meten. Maar reeds in 2006 is geconstateerd dat overheden en private partijen in toenemende mate in privaatrechtelijke rechtsvormen samenwerken en dat de toezichthouders de oprichtings- of deelnemingsbesluiten vrijwel altijd goedkeuren.<sup>114</sup> Er kan derhalve gesteld worden dat ruimte voor verbetering bestaat wat betreft de motivatie van dergelijke beslissingen.

### 3.3 De privaatrechtelijke rechtspersonen als overheidsondernemingen

In de afgelopen jaren is de belangstelling voor de in een privaatrechtelijke rechtspersoon gedreven overheidsonderneming toegenomen.<sup>115</sup> De discussie richt zich voornamelijk op de actievare rol<sup>116</sup> van de (rijks)overheid als aan-

---

114 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 19.

115 Dit is onder andere tot uiting gekomen door de erkenning van het bestaan van strategische belangen waar de overheid als aandeelhouder een toegevoegde waarde heeft. Zie de wijziging van het Deelnemingenbeleid. Zie hoofdstuk 1 paragraaf 5.3 e.v.

116 Zie het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8.



deelhouders in een kapitaalvennootschap.<sup>117</sup> Enerzijds lijkt de naamloze vennootschap de aangewezen rechtsvorm om een overheidsonderneming in te drijven. Anderzijds is, wanneer wordt gesproken over particuliere organisaties ter behartiging van een publiek belang, de kapitaalvennootschap vanwege het winstoogmerk wellicht een minder voor de handliggende rechtsvorm. Het in beginsel steeds aanwezige winstoogmerk van de kapitaalvennootschap lijkt strijdig te kunnen zijn met de wens het publiek belang optimaal te waarborgen.<sup>118</sup> Aandeelhouders kunnen er voor opteren om de winst niet uit te keren en deze te reserveren. Niet-publieke aandeelhouders zullen echter mijns inziens zonder nadere regeling geen afdoende natuurlijke *incentive* hebben om zichzelf ten behoeve van het publieke belang van winstuikering te onthouden of de prioriteit te geven aan de behartiging van het publieke belang boven hun eigen belang. Het drijven van een onderneming met rechtspersoonlijkheid is echter niet voorbehouden aan de kapitaalvennootschap.<sup>119</sup> Ook de overige in Boek 2 BW geregelde rechtsfiguren kunnen in beginsel een onderneming drijven.

In dit onderzoek wordt uitgegaan van overheidsondernemingen waarbij de nadruk ligt op een efficiënte, winstgerichte uitvoering van een bepaalde taak van publiek belang in het economisch verkeer. Hierdoor ligt in dit onderzoek de nadruk op de kapitaalvennootschap. Desalniettemin zullen de overige in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen hieronder kort worden besproken als rechtsvorm voor de overheidsonderneming. Aldus kunnen bij deze rechtspersonen bestaande, voor de overheidsonderneming relevante, aspecten met de huidige regeling van de kapitaalvennootschap worden vergeleken. In de komende paragrafen bespreek ik een aantal voor- dan wel nadelen van niet-kapitaalvennootschappen als rechtsvorm voor de overheidsonderneming. Achtereenvolgens komen de stichting, de vereniging en de coöperatie beknopt en voor zover relevant aan bod. De kapitaalvennootschap als rechtsvorm voor de overheid wordt vervolgens in hoofdstuk 4 nader beschouwd.

---

117 Zie bijvoorbeeld het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap', Den Haag 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46 en het door de overheid gevoerde beleid ten aanzien van haar deelnemingen.

118 Dat de winstuikeringen verantwoord dienen te zijn en dat aandeelhouders kunnen besluiten winsten te reserveren, doet hier mijns inziens niet aan af.

119 Zo kan een vereniging, al dan niet naast of ter uitvoering van haar doelstelling, een onderneming in stand houden. De wetgever houdt hier op verschillende plaatsen in de wet ook rekening mee. Zie bijv. art. 2:48 lid 3 BW, waar de eis wordt gesteld dat de verenigingen die een of meer ondernemingen drijven, de netto-omzet van deze ondernemingen bij de staat van baten en lasten vermeldt. Zie hieronder nader over de onderneming in een vereniging.

*De stichting als overheidsonderneming*

In 1976 is de stichting tezamen met de andere rechtspersonen opgenomen in het nieuw ingevoerde Boek 2 BW.<sup>120</sup> De in Boek 2 BW neergelegde regeling is inhoudelijk vrijwel ongewijzigd overgenomen van de in 1956 ingevoerde Wet op Stichtingen.<sup>121</sup> De regeling is tot op heden in hoge mate ongewijzigd gebleven.<sup>122</sup> De stichtingsfiguur wordt van oudsher veelvuldig gebruikt als organisatievorm voor delen van het openbaar bestuur<sup>123</sup> en ook tegenwoordig maakt de overheid veel gebruik van de stichtingsvorm,<sup>124</sup> in het bijzonder voor de inrichting van zelfstandige bestuursorganen.<sup>125</sup> Ik kom hieronder op deze zogenoemde overheidsstichting terug. Daarnaast zijn veel semi-publie-

---

120 Vastgesteld bij wet van 22 juli 1976, *Stb.* 1976, nr. 395. Zie P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 10 en 11.

121 Wet van 31 mei 1956, *Stb.* 1965, nr. 327. Zie met betrekking tot de historie van de stichtingsvorm in Nederland P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 9 e.v. en Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 443 e.v.

122 Zie P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 11.

123 Zie nader over de stichting M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

124 Het exacte aantal overheidsstichtingen is niet te geven. Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 2. Zij vermeldt dat in 2000 sprake is van 73 overheidsstichtingen op rijksniveau en dat daarnaast ook op het niveau van provincie en gemeente gebruikt wordt gemaakt van stichtingen. Het aantal overheidsstichtingen is inmiddels afgenomen. Het Centraal Bureau voor de Statistiek heeft becijferd dat er op 1 januari 2008 45 stichtingen waren op het gebied van het openbaar bestuur. Inmiddels zijn er in ieder geval nog 30 verenigingen en stichtingen op het gebied van het openbaar bestuur. Zie <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=81588ned&D1=15-24&D2=117-118&D3=l&VW=T>. Dit aantal ligt wellicht hoger, nu niet alle activiteiten die door overheidsinstanties worden uitgevoerd door het CBS onder openbaar bestuur worden geënclassificeerd. Zo vallen instanties verantwoordelijk voor de inzameling en verwerking van afvalwater en afval er niet onder. Op de lijst van zelfstandige bestuursorganen zoals gepubliceerd in het Zbo-register (te raadplegen via de website: <http://almanak.zboregister.overheid.nl>) worden 31 stichtingen vermeld. Zie voorts P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 10 en K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000. De Algemene Rekenkamer telt per eind 2008 275 overheidsstichtingen, dat wil zeggen die het rijk had opgericht of mede opgericht. Zie Algemene Rekenkamer, 'Zicht op overheidsstichtingen 2011', *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 9.

125 Zie bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten (AFM) die is ondergebracht in de stichtingsfiguur. Overigens is interessant te zien dat de AFM nauwelijks het woord 'stichting' in haar naam voert. Pas uit de statuten blijkt dat er sprake is van een stichting. Zie de website [www.afm.nl](http://www.afm.nl).

ke instellingen in sectoren als het onderwijs, huisvesting en zorg, ondergebracht in stichtingen.<sup>126</sup>

Meer in het algemeen over het gebruik van de stichtingen wordt in Asser gesteld: ‘Mijn indruk is dat niet zelden zonder kritische bezinning stichtingen worden opgericht en dat niet steeds de organisatiestructuur goed en weloverwogen is. (...) Een zwak element in het stichtingenrecht is dat alle macht en bevoegdheid kan worden geconcentreerd bij het bestuur dat volstrekt autonoom is. (...) De stichting in haar moderne verschijningsvorm is veel ‘naamlozer’ dan de NV, de BV of de vereniging.’<sup>127</sup>

De stichtingsvorm is voor dit onderzoek slechts relevant voor zover in hoofdzaak een onderneming wordt gedreven.<sup>128</sup> Op rijksniveau bestaan er slechts enkele stichtingen waar een overheidsonderneming in wordt gedreven. De Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland en de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij zijn hiervan voorbeelden.<sup>129</sup> Hoewel de afstoting van Holland Casino en Staatsloterij wordt overwogen, kan de ratio achter de keuze voor de stichtingsfiguur aan de hand van de laatst genoemde stichting duidelijk worden geïllustreerd.<sup>130</sup> Ik behandel de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij hieronder afzonderlijk. Vermelding verdient ook de Stichting Administratiekantoor beheer Financiële Instellingen, waarover nader in paragraaf 5.2.3 van hoofdstuk 4. Hieronder volgen enkele opmerkingen over de stichting als rechtsvorm voor een onderneming in het algemeen.

#### *Doel en organisatie van de stichting*

Sterker dan bij de overige privaatrechtelijke rechtspersonen, waar de nadruk ligt op de samenwerking tussen verschillende personen, is de stichting gericht op het nastreven van een bepaald door de oprichters in de statuten vastgelegd

126 Zie het *Rapport van de projectgroep rechtsvorm Maatschappelijke Onderneming* (geschreven in opdracht van het Ministerie van Justitie), Den Haag 2006, p. 4, te raadplegen via [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl). Zie tevens de bundel T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru en J.W. Sap, *In plaats van overheid. Recht scheppen door particuliere organisaties*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, waarin de nadruk sterk wordt gelegd op de verenigings- en stichtingsvorm.

127 Zie Asser/Rensen, 2012 (2-III\*) *Overige Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 309.

128 Zie nader voor een kritische beschouwing van de stichtingsvorm M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

129 Deze worden expliciet genoemd in de lijst van deelnemingen van de Nederlandse overheid. Zie het overzicht van de deelnemingen ultimo 2011 in het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 28 165, nr. 145.

130 Zie het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II 2011/12*, 28 165, nr. 131, p. 8.

doel.<sup>131</sup> De stichting heeft vaak een doelstelling van ideëel of algemeen belang.<sup>132</sup> Als rechtsvorm voor een op winst gerichte onderneming lijkt de stichtingsvorm derhalve niet bedoeld. Desalniettemin is het mogelijk om in de stichtingsvorm een onderneming te drijven en kan zij zelfs een winstoogmerk in de doelstelling opnemen.<sup>133</sup> Kanttekening is dat de door de stichting gemaakte winst slechts in beperkte mate kan worden uitgekeerd door het in artikel 2:285 lid 3 BW neergelegde uitkeringsverbod.<sup>134</sup> Overigens hoeft dit voor financiers van een overheidsonderneming geen bezwaar te zijn. Indien de rentevergoeding voor geleend vermogen marktconform is, zal mijns inziens geen sprake zijn van een uitkering, maar van een geoorloofde vergoeding.<sup>135</sup>

In tegenstelling tot de andere in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen is de stichting in beginsel slechts rond één orgaan georganiseerd, te weten het bestuur. Een stichting kent geen leden of aandeelhouders en derhalve geen

---

131 Wijziging van de statuten en de daarin vervatte doelstelling is in beginsel slechts mogelijk indien de statuten in deze mogelijkheid voorzien. Is dit niet het geval dan kan de rechter de statuten wijzigen. De rechter dient terughoudend met statutenwijziging te zijn. Wanneer het een wijziging van het doel betreft, moet hij een verwant doel aanwijzen. Zie art. 2:293 en 2:294 BW.

132 Zie C.R.M. Versteegh, *De goede doelstichting. Naar een systeem van overheidstoezicht? Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Utrecht: Lemma BV 2003. Zie over het doel van de stichting vanuit historisch perspectief J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1970, in het bijzonder p. 60.

133 Commerciële activiteiten zijn niet verboden en het maken van winst is toegestaan. Vergelijk bijvoorbeeld art. 2:300a BW waar expliciet rekening wordt gehouden met een dergelijke commerciële stichting. Zie nader over de commerciële stichting F.J.P. van den Ingh, E. Bos, P.C.J. Oerlemans, *De stichting als ondernemingsvorm*, Deventer: Kluwer 1993. Op pagina 13 omschrijven auteurs de commerciële stichting als een stichting die regelmatig, dus anders dan incidenteel, activiteiten in het economisch verkeer met een winstoogmerk ontplooit. Zaman meent dat het ontbreken van een winstoogmerk de stichting niet belemmert een onderneming te exploiteren. Zie D.F.M.M. Zaman, 'De ondernemende stichting en de commerciële stichting', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 99-107.

134 Boschma en Snijder-Kuipers bespreken hoe het doelvermogen van een stichting na herstructurering wordt beschermd. Zie H.E. Boschma en B. Snijder-Kuipers, 'De bescherming van het (doel)vermogen van de stichting en herstructurering', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 45-60.

135 Uitkeringen aan deelnemers in een pensioenfonds vallen op grond van art. 2:304 lid 2 BW niet onder het uitkeringsverbod. Andere uitzonderingen zijn te vinden in bijzondere wetten. Zie bijvoorbeeld art. 7 Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (wet van 14 mei 1992, *Stb.* 1992, nr. 282) op grond waarvan art. 2:285 lid 3 BW niet van toepassing is op de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij. In het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 33 wordt overigens terecht gesproken over uitkering of dividend, maar over afdracht van gelden door de stichting aan het ministerie van Financiën. Sinds 2008 staan de resultaten van Holland Casino echter onder druk als gevolg van onder andere het rookverbod en de economische crisis. In 2010 werd zelfs verlies geleden. Dit heeft vanzelfsprekend zijn weerslag op de winstuitkering.

algemene vergadering. De verhouding tussen kapitaal en bestuur, zoals bij de kapitaalvennootschap het geval, is minder evident aanwezig. Financiers, de overheid of anderen kunnen op basis van de statuten bepaalde zeggenschapsrechten bezitten, maar van een vergelijkbare positie met de aandeelhouders bij de kapitaalvennootschap of leden bij een vereniging kan geen sprake zijn. Hier staat het in artikel 2:285 BW neergelegde ledenverbod aan in de weg. Bovendien is participatie in het vermogen van de stichting, zoals in een kapitaalvennootschap, niet goed denkbaar. Het aantrekken van kapitaal door een stichting kan hierdoor moeilijker zijn.

Overigens kunnen er ondanks het ledenverbod bij een stichting wel degelijk andere organen dan het bestuur in het leven worden geroepen.<sup>136</sup> Denk hierbij aan een raad van toezicht of een raad van aangeslotenen. De bevoegdheden van dergelijke organen mogen echter niet zo ver strekken dat dit zou leiden tot denaturering van de stichtingsfiguur.<sup>137</sup>

Als gezegd kan ook de overheid als derde op grond van de statuten bepaalde zeggenschapsrechten bezitten.<sup>138</sup> Interessant is het ontbreken van de voor de kapitaalvennootschap in artikel 2:129 lid 3 BW neergelegde beperking op grond waarvan bestuursbesluiten alleen aan goedkeuring door *organen* van de vennootschap mogen worden onderworpen. Derhalve is het mogelijk dat bepaalde (bestuurs)besluiten aan de goedkeuring van een *derde* (lees overheid) zijn onderworpen en niet alleen aan de goedkeuring van een orgaan van de stichting.<sup>139</sup> Voorts is het mogelijk dat de overheid benoemingsrechten<sup>140</sup> heeft, op grond waarvan bestuurders van een stichting kunnen worden aangewezen.<sup>141</sup>

---

136 Zie art. 2:285 lid 2 en 3 BW.

137 Wanneer een stichting een orgaan vergelijkbaar met de algemene ledenvergadering bij een vereniging heeft ingesteld, zal de stichting vatbaar zijn voor ontbinding door de rechter op grond van art. 2:21 lid 1 sub c BW.

138 Zie hierboven paragraaf 2.3 waar wordt gesproken over de besluitvorming bij privaatrechtelijke rechtspersonen.

139 Zodoende hoeft men niet toe te komen aan de vraag of de overheid een orgaan van de stichting. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 473 en ook C.H.C. Overes (*Rechtspersonen*), art. 2:285 BW, aant. 7. Anders J.A.Th.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer 1978, p. 63.

140 Denk aan benoemingsrechten in handen van de overheid op grond van subsidievoorwaarden.

141 Zie bijvoorbeeld de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij, waar de voorzitter en de leden van de raad van commissarissen benoemd worden door de minister van Financiën. De statuten zijn in overeenstemming met art. 20 lid 1 van de Beschikking Staatsloterij van 15 juni 1992 (*Stb.* 1992, nr. 121). Op grond van het art. 20 lid 2 Beschikking Staatsloterij, benoemt de raad van commissarissen, na voorafgaande goedkeuring door de minister van Financiën, het bestuur van de stichting.

*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij*

In 1992 wordt de minister van Financiën, in het kader van de verzelfstandiging van de Directie der Staatsloterij, bij wet gemachtigd om de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij op te richten.<sup>142</sup> De stichting heeft, voor zover dit haar ingevolge de Wet op de kansspelen<sup>143</sup> is toegestaan, tot doel het organiseren van de Staatsloterij, het organiseren van andere kansspelen en het ontplooiën van activiteiten die daartoe bevorderlijk zijn.<sup>144</sup> De opbrengst van de staatsloterij wordt ieder jaar – na aftrek van de uitgekeerde prijzen en de gemaakte kosten – aan de Staat afgedragen.<sup>145</sup> De Algemene Rekenkamer heeft de bevoegdheid om het financieel beheer van de stichting te onderzoeken.<sup>146</sup>

Door de in de Wet op de kansspelen verankerde taak heeft deze stichting naast een commerciële uitgangspositie die vergelijkbaar is met die van private ondernemingen, bovendien een publieke functie.<sup>147</sup> Bij de behandeling van de wet tot oprichting van de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij, is de keuze van de wetgever voor de stichtingsvorm uitgebreid aan de orde geweest. In de memorie van toelichting wordt met betrekking tot de keuze voor de stichtingsvorm gesteld:

‘De stichtingsvorm biedt de mogelijkheid voor een goed evenwicht tussen enerzijds flexibel en marktconform opereren door het verzelfstandigde Staatsloterijbedrijf en anderzijds het behouden van de noodzakelijke en gewenste invloed door de overheid.’<sup>148</sup>

De naamloze of besloten vennootschap wordt uitdrukkelijk als niet gewenst afgedaan:

‘Overgang naar de NV of BV zou ons inziens het aanzien van de Staatsloterij kunnen schaden, gezien de grote waarde die blijkens marktonderzoek aan het betrouwbare «overheidskarakter» van de Staatsloterij gehecht wordt. (...) Het belangrijkste motief om een N.V.– of B.V.-vorm te kiezen, ligt in de overdraagbaarheid van de aandelen en de participatiemogelijkheden die met deze rechtsvormen mogelijk zijn. Aangezien er van het door ons gewenste grote marktaandeel van de Staatsloterij op de

---

142 Wet van 14 mei 1992, houdende regeling met betrekking tot de oprichting van de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij en wijziging van titel II van de Wet op de kansspelen, *Stb.* 1992, nr. 282.

143 Wet van 10 december 1964, *Stb.* 1964, nr. 483.

144 Zie art. 2 lid 2 Wet van 14 mei 1992, houdende regeling met betrekking tot de oprichting van de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij.

145 Zie art. 9 lid 2 Wet op de kansspelen.

146 Zie art. 12 van de Wet op de kansspelen.

147 Zie *Kamerstukken II 1994/95*, 24 119, nr. 2, p. 2 (Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS)).

148 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 029, nr. 3, p. 9 (MvT).

Nederlandse markt een regulerende werking uitgaat blijft er een noodzaak tot betrokkenheid van de overheid.<sup>149</sup>

De keuze voor de stichtingsvorm roept in de Tweede Kamer veel vragen op. Zo pleit de VVD-fractie tevergeefs voor de heroverweging van de gekozen rechtsvorm:

‘De stichtingsvorm is hoewel niet uitsluitend, toch in hoofdzaak bestemd voor de behartiging van min of meer ideële doelstellingen. (...) Waar het hier (...) hoofdzakelijk om de opbrengsten gaat en bovendien een goede bedrijfmatige besturing van de rechtspersoon voorop staat, is (...) niet de in eerste aanleg voor ideële doeleinden bedoelde stichtingsvorm maar de ondernemingsgerichte vennootschapsvorm de meest aangewezen.’<sup>150</sup>

Zeker gezien de ratio achter de verzelfstandiging van het staatsloterijbedrijf, te weten een verbetering van de concurrentiepositie,<sup>151</sup> was mijns inziens de keuze voor de naamloze vennootschap niet onbegrijpelijk geweest. Indien gekozen was voor de vorm van een naamloze vennootschap, was dit voor een geplande eventuele afstoting eenvoudiger geweest.

#### *Overheidsstichting*

Nog een enkel woord over de zogenoemde overheidsstichting.<sup>152</sup> De overheidsstichting als afzonderlijke rechtsvorm bestaat niet meer.<sup>153</sup> Toch wordt de term overheidsstichting veel gebruikt.<sup>154</sup> Er zijn uiteenlopende criteria op basis waarvan stichtingen als overheidsstichting worden aangeduid.<sup>155</sup> De Algemene Rekenkamer hanteert als definitie van de overheidsstichting een stichting die de Staat heeft opgericht, mede opgericht of doen oprichten. ‘Doen oprichten’ houdt in dat de stichting formeel door derden is opgericht, maar

149 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 029, nr. 3, p. 9 (MvT).

150 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 029, nr. 9, p. 3 (Eindverslag).

151 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 029, nr. 3, p. 2 (MvT).

152 Zie nader N. Jak en S.E. Zijlstra, ‘De overheidsstichting: een tussenstand’, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 191-214. Zie voor een inventarisatie van overheidsstichtingen K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 243-245.

153 De Wet op de stichtingen bevatte een uitzondering voor de overheidsstichting. Deze wet was niet van toepassing op de overheidsstichting omdat geen sprake was van particulier gebruik. Bij wet van 10 juli 1963, *Stb.* 1963, nr. 297 is het onderscheid komen te vervallen en is de overheidsstichting volledig aan het privaatrechtelijke stichtingenrecht onderworpen. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 450.

154 De Algemene Rekenkamer telt per eind 2008 275 overheidsstichtingen, dat wil zeggen die het rijk had opgericht of mede opgericht. Zie Algemene Rekenkamer, ‘Zicht op overheidsstichtingen 2011’, *Kamerstukken II 2010/11*, 31 887, nr. 4, p. 9.

155 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31.

dat de stichting zonder betrokkenheid van de Staat niet zou zijn opgericht. Gekozen wordt voor dit criterium omdat de criteria belast met een publieke of wettelijke taak en overwegende invloed, volgens de Algemene Rekenkamer moeilijk af te bakenen zijn.<sup>156</sup> Mijns inziens houdt het gekozen criterium echter geen rekening met mogelijk wijzigende omstandigheden, zoals ook de Algemene Rekenkamer zelf meent.<sup>157</sup> Bovendien is het gekozen criterium van overwegende overheidsinvloed wel degelijk af te bakenen zoals gezien in paragraaf 4.2. Anders dan de minister denk ik niet dat de term overheidsstichting verwarrend hoeft te zijn.<sup>158</sup> De wettelijke term stichting is mijns inziens te weinig onderscheidend.

Een stichting kan een overheidsstichting zijn als sprake is van een stichting die door een overheidslichaam is opgericht en/of als een stichting mede een rol vervult bij de realisering van een publieke taak.<sup>159</sup> Volgens Schroten is deze definitie echter niet langer houdbaar.<sup>160</sup> Schroten gebruikt de invloedsbevoegdheden van de minister jegens de stichting – het invloeds criterium<sup>161</sup> – als aanknopingspunt.<sup>162</sup> Volgens de definiëring van Schroten zijn stichtingen die weliswaar niet onder overheidsinvloed staan, maar die wel bekleed zijn

---

156 Zie Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen*, 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 5.

157 Zie Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen*, 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 20.

158 Zie Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen*, 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 31.

159 Sommigen gebruiken de elementen van oprichting en taak als alternatieve voorwaarden voor het bestaan van een overheidsstichting. Zie P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 28-29. Anderen nemen aan dat pas sprake is van een overheidsstichting wanneer deze elementen cumulatief aanwezig zijn. Zie T.J. Beek en E. van Diepen, 'De status van werknemers/ambtenaren bij de overheidsstichting', *S&V* 1999, p. 22.

160 K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31.

161 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31-32: 'Het criterium van de overwegende overheidsinvloed is als zodanig afkomstig uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over de vraag wanneer stichtingen gerekend dienen te worden tot de 'openbare dienst' in de zin van art. 1 van de Ambtenaren wet.' De voorwaarden waar rekening moet worden gehouden aldus de Centrale Raad van Beroep zijn de invloed op de benoeming van het bestuur, de financiën, het personeelsbeleid en de vereiste goedkeuring van bepaalde besluiten door de overheid. Schroten vult het invloeds criterium enger in. De overheid moet de bevoegdheid hebben om de meerderheid van de bestuursleden te benoemen.

162 Schroten erkent wel dat de elementen van oprichting en taak door sommige auteurs nog worden gebezigd als criteria. Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31.



met openbaar gezag en derhalve bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, niet als overheidsstichtingen aan te merken.<sup>163</sup>

Ik ben het eens met Schroten dat het gebruik door de overheid van de stichtingsvorm voordelen boven de publiekrechtelijke rechtsvormen met zich mee kan brengen.<sup>164</sup> Vanuit het oogpunt van helderheid en transparantie, en de in sommige gevallen ontbrekende publiekrechtelijke waarborgen, kan een wettelijke regeling van de overheidsstichting wenselijk zijn.<sup>165</sup> Toch lijkt de stichtingsvorm voor zelfstandige bestuursorganen niet langer vanzelfsprekend.<sup>166</sup>

#### *De vereniging en coöperatie*

De vereniging is een in Nederland veel voorkomende rechtsvorm, die wordt gebruikt als rechtsvorm voor tal van maatschappelijke organisaties.<sup>167</sup> In de praktijk wordt de verenigingsvorm niet gebruikt om een overheidsonderneming in te drijven,<sup>168</sup> hoewel een vereniging wel degelijk een onderneming in stand kan houden.<sup>169</sup> Ook de coöperatie – een vorm van vereniging bedoeld als ondernemingsvorm – wordt ondanks het feit dat de coöperatie in de belangstelling staat, niet of nauwelijks als rechtsvorm voor de overheids-

163 Ondanks het feit dat overwegende overheidsinvloed ontbreekt, kan de stichting soms toch als bestuursorgaan worden aangemerkt. Zie ABRvS 30 november 1995, JB 1995, nr. 337 (Stichting Silicose). Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 146 e.v.

164 Anders J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman en F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, *Preadviezen over het onderwerp: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2000-I), Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 245-262, die overheidstaken om principiële redenen, met name vanwege de wens van herkenbaarheid, door publiekrechtelijke rechtsvormen willen laten plaatsvinden. Maeijer spreekt bij voorkeur van 'een publiekrechtelijke instelling met rechtspersoonlijkheid' en vermijdt aldus het woord stichting. Zie J.M.M. Maeijer, 'Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg', in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering* (Vennootschapsrecht- en rechtspersonenrecht Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut Deel 59), Deventer: Kluwer 1998, p. 69.

165 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 81 e.v.

166 Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 629.

167 Er is nog steeds een ruime vrijheid om een rechtspersoonsvorm te kiezen voor maatschappelijke organisaties. Zie Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 18.

168 Wel bestaan er verenigingen waar overheden lid van kunnen worden. Denk bijvoorbeeld aan de Vereniging Nederlandse Gemeenten. Ook kan aan verenigingen openbaar gezag worden toegekend. Zie bijvoorbeeld de HISWA, een vereniging waarop de Kaderwet zbo van toepassing is.

169 Gesproken wordt van commerciële verenigingen. Zie art. 2:300a BW.

onderneming gebruikt.<sup>170</sup> De oorzaken hiervoor worden hieronder kort uiteengezet.

Met betrekking tot de invulling van de doelstelling van de vereniging bestaat veel vrijheid. Aanpassing van het doel is in beginsel steeds mogelijk. Het doel van een vereniging mag echter niet hetzelfde zijn als dat van de coöperatie zoals vastgelegd in artikel 2:53 BW en bovendien mag de vereniging geen winst onder haar leden verdelen. Hier geldt wat ook voor de stichting is gezegd. Door deze beperking zullen de financieringsmogelijkheden beperkter zijn dan bij een kapitaalvennootschap.

De organisatie van de vereniging en coöperatie kent een zogenaamd dual karakter. Twee organen moeten er altijd zijn, te weten een bestuur en een ledenvergadering. Met name deze ledenvergadering roept in het kader van de vormgeving van de overheidsonderneming vragen op. Hoe verhoudt de vrijheid van vereniging van artikel 8 GW zich tot de continuïteit van de overheidsonderneming? Galle concludeert dat de vereniging als ondernemingsvorm kan voldoen, maar dat deze als samenwerkingsverband voor de langere termijn vanwege het lidmaatschap niet geschikt is.<sup>171</sup> Wie zijn de leden van de vereniging? In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de verzelfstandiging van de staatsloterij wordt de vereniging mijns inziens terecht gediskwalificeerd als rechtsvorm, nu niet duidelijk is wie lid moet zijn van de vereniging.<sup>172</sup> Daarnaast wordt ten aanzien van de verenigingsvariant gesteld:

‘Aangezien de besluitvorming binnen een vereniging omslachtig is en de leden een relatief grote invloed hebben, ligt deze variant niet voor de hand.’<sup>173</sup>

---

170 De regels met betrekking tot de vereniging zijn vastgelegd in titel 2 van Boek 2 BW. Voor de coöperatie is deze titel ook van toepassing, dat wil zeggen voor zover daarvan niet wordt afgeweken in titel 3 van Boek 2 BW. De coöperatie wordt gezien als genus van de vereniging, maar heeft vanaf 1 januari 1989 een eigen titel. In deze titel is tevens de onderlinge waarborgmaatschappij geregeld. De onderlinge waarborgmaatschappij, zo leert art. 2:53 lid 2 BW is een bij notariële akte opgerichte organisatie die zich blijkens de statuten ten doel stelt verzekeringsovereenkomsten met haar leden te sluiten. Omdat dit een specifiek op verzekeren, niet op een openbaar belang gerichte figuur is, blijft deze in dit bestek buiten beschouwing.

171 Zie R.C.J. Galle, ‘De flexibele vereniging’, *WPNR* 2005/6621, p. 387-393.

172 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 3, p. 8-9 (MvT).

173 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 3, p. 8-9 (MvT). Zie echter R.C.J. Galle, ‘De flexibele vereniging’, *WPNR* 2005/6621, p. 387-393, die aangeeft dat de invloed van de leden sterk te beperken is. Hij ziet een groter probleem in de hiervoor genoemde continuïteit.

Ondanks het feit dat de coöperatie gericht is op het drijven van een onderneming<sup>174</sup> en de coöperatie de laatste jaren in de belangstelling stond, bijvoorbeeld als alternatief voor de zogenaamde maatschappelijke onderneming, gelden voor de coöperatie als rechtsvorm voor de overheidsonderneming soortgelijke diskwalificerende overwegingen als bij de vereniging.<sup>175</sup> Daarbij komt dat een coöperatie beperkt is in de mogelijkheden om overeenkomsten met derden te sluiten.<sup>176</sup>

#### 4 CONCLUSIE

De wetgever heeft een voorkeur voor het gebruik van publiekrechtelijke rechtspersonen uitgesproken, maar de praktijk blijkt sterker dan de leer. De voornaamste reden voor het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid is de mogelijkheid van het creëren van een afgescheiden vermogen en derhalve (financiële) onafhankelijkheid. Het argument dat het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen eenvoudiger is dan publiekrechtelijke rechtspersonen, weegt wellicht ook zwaar. Zoals besproken in paragraaf 2.2 van hoofdstuk 2 beschikken decentrale overheden momenteel niet over de mogelijkheid om zelfstandig publiekrechtelijke rechtspersonen op te richten, zodat zij logischerwijs hun toevlucht in het privaatrecht zoeken. Gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen is mijns inziens niet op voorhand uitgesloten nu de genuanceerde tweewegenleer hiertoe mogelijkheden biedt. Enkel het bestaan van publiekrechtelijke rechtspersonen kan hieraan niet in de weg staan. Dit neemt niet weg dat de toelaatbaarheid van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen van geval tot geval moet worden beoordeeld. Hiervoor bieden de door Schreuder ontwikkelde criteria voor de beantwoording van de vraag of een private rechtspersoon kan worden gebruikt bij de verzelfstandiging van overheidstaken een toetsingskader.

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre de algemene bepalingen van Boek 2 BW instrumenteel zouden kunnen zijn bij het uitoefenen van overheidsinvloed binnen privaatrechtelijke rechtspersonen. Conclusie is dat de overheid zonder bestuurder te zijn, wellicht geen beroep op artikel 2:7 BW kan doen, en bovendien het bewijs van doeloverschrijding lastig zal zijn. Ook kan de overheid worden geconfronteerd met derden te goeder trouw die worden

---

174 De coöperatie wordt in lid 1 van art. 2:53 BW omschreven als een als coöperatie opgerichte vereniging die zich blijkens de statuten ten doel stelt, te voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden, mits het geen overeenkomsten van verzekering betreffen, hetgeen is voorbehouden aan de onderlinge waarborgmaatschappij.

175 Zie R.C.J. Galle, G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming; vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

176 Zie art. 2:53 lid 3 jo lid 4 BW waarin wordt bepaald dat de overeenkomsten met de leden ten opzichte van de overeenkomsten met derden niet van ondergeschikte betekenis mogen zijn.

beschermd. Een afzonderlijke regeling daartoe lijkt noodzakelijk. Ook indien de overheid niet als orgaan van de overheidsonderneming kan worden aangemerkt, moet een beroep door haar op de artikelen 2:14-16 BW via analoge redenering mogelijk zijn. Wel zal een eventueel beroep door de overheid in overeenstemming moeten zijn met andere (bestuursrechtelijke) normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierop kom ik in het volgende hoofdstuk terug.

Met betrekking tot het gebruik van niet-kapitaalvennootschappen voor het onderbrengen van een overheidsonderneming, is in dit hoofdstuk beargumenteed dat in vergelijking met de rechtsvorm van de kapitaalvennootschap de nadelen mijns inziens niet opwegen tegen de voordelen. Van de mogelijke privaatrechtelijke rechtsvormen, lijkt mijns inziens in beginsel de kapitaalvennootschap het meest geschikt aangezien deze is gericht op het drijven van een onderneming. De spanning die een winststreven en de behartiging van het publiek belang kan opleveren wordt nader onderzocht in hoofdstuk 4.

