

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

3 | De overheidsonderneming op de scheidslijn tussen privaat- en publiekrecht

1 INLEIDING

Zoals besproken in hoofdstuk 2, kan de overheid op grond van artikel 2:5 BW als rechtspersoon gebruik maken van privaatrechtelijke bevoegdheden om publieke doeleinden na te streven, mits dit met inachtneming van de doorkruisingsleer gebeurt. De overheidsonderneming kan als privaatrechtelijk verlengstuk van de overheid fungeren om overheidsbeleid uit te voeren. Hiermee is overigens niet gezegd dat dit handelen niet mede¹ wordt begrensd door bestuursrechtelijke normen.² Het is derhalve niet alleen de vraag wanneer de overheid zich mag bedienen van dergelijke privaatrechtelijke rechtsvormen,³ maar ook welke normen gelden wanneer gebruik wordt gemaakt van een hybride figuur zoals de overheidsonderneming.

De overheid kan nooit los worden gezien van de bijzondere positie die zij inneemt.⁴ Vanwege haar bijzondere positie vindt een bijzondere toepassing van privaatrechtelijke regels plaats wanneer zij gebruik maakt van privaatrechtelijke bevoegdheden.⁵ De overheid neemt wanneer zij zich in het privaatrecht

1 De contractsvrijheid van de overheid kan rechtstreeks worden beperkt door het publiekrecht door middel van art. 3:14 BW of indirect door de gelding van de doorkruisingsleer. Zie J.A.E. van der Does en G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht*, (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 64-65.

2 Het openbaar bestuur ontleent privaatrechtelijke bevoegdheden aan de aan hem toegekende rechtspersoonlijkheid die ook voor publieke doeleinden kunnen worden gebruikt. Deze algemene bevoegdheid kan via publiekrechtelijke regels worden ingeperkt. Zie P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (Preadvies voor de christen juristenvereniging), Den Haag: Sdu 1998, p. 35.

3 Zoals in de hoofdstukken 1 en 2 ter sprake is gekomen.

4 Donner wees er reeds in 1987 op dat de overheid zich ook bij de regeling van het burgerlijk recht speciale privileges toekent. Hij wees er echter ook op dat de overheid vanwege haar bijzondere positie als quasimonopolist meer plichten heeft. Zie A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 61-64.

5 Bloembergen betoogt dat het bestuursrecht en het privaatrecht gelijkelijk van toepassing zijn in het overheidsprivaatrecht en over en weer invloed op elkaar uitoefenen. Zie A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 1992/6074, p. 956-957.

beweegt, namelijk steeds een deel van de publiekrechtelijke rechtsorde mee.⁶ Dit heeft mijns inziens ook te gelden voor de overheidsonderneming, aangezien de overheid hierin een beleidsbepalende rol kan spelen en de publieke taak-behartiging voorop staat. Dit volgt, mijns inziens voor zover de overheids-onderneming niet gekwalificeerd kan worden als bestuursorgaan in de zin van de Awb, uit de in artikel 3:14 BW neergelegde gemengde rechtsleer die wordt besproken in paragraaf 3.3.⁷

Mijns inziens ontleent iedere overheidsonderneming aan haar verbondenheid met de overheid een (feitelijk en juridisch) bijzondere positie ten opzichte van haar wederpartijen en concurrerende reguliere ondernemingen. Hierdoor is evenals ten aanzien van de toetsing van het handelen van de overheid *binnen* dergelijke ondernemingen ook ten aanzien van het handelen *door* deze onder-nemingen, een bijzondere publiekrechtelijke invulling van het privaatrecht op zijn plaats. Het is echter de vraag in hoeverre de overheidsonderneming volledig onder hetzelfde normenkader als de overheid moet en kan vallen.

In dit hoofdstuk wordt besproken in hoeverre het privaatrecht, dan wel het publiekrecht het handelen van de overheid in de overheidsonderneming normeert. Ook wordt bekeken in hoeverre de publiekrechtelijke normen doorwerken op het privaatrechtelijk handelen van de overheidsonderneming. Hiertoe wordt de verhouding tussen publiek- en privaatrecht beschreven, in het bijzonder voor wat betreft de positie van de overheidsonderneming. Allereerst wordt in paragraaf 2 kort de verhouding en de relevantie van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in algemene zin weergegeven. Hierna worden in paragraaf 3 de verschillende publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normenkaders voor de overheidsonderneming besproken, waarna in paragraaf 4 een conclusie met betrekking tot het mijns inziens geldende normenkader voor de overheidsonderneming, voor zover deze geen bestuurs- orgaan is, wordt getrokken.

2 DE VERHOUDING TUSSEN PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT IN HET ALGEMEEN

Publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen worden in beginsel beheerst door verschillende juridische normenkaders. Het handelen van de overheid – en tevens dat van de overheidsonderneming – is vanwege haar bijzondere positie onderhevig aan de wisselwerking tussen deze twee verschillende normen-

6 Zie A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 1992/6074, p. 952 en p. 956.

7 Er is niet beoogd alle aspecten van deze leer te vatten in de twee artikelen. Er is derhalve ruimte gelaten voor de verdere ontwikkeling van de leer. Zie J.A.E. van der Does en G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht* (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 8.

kaders. Deze wisselwerking wordt door sommige auteurs omschreven als vervlechting, waarbij de verschillende rechtsgebieden worden gezien als twee in elkaar gedraaide draden, welke echter steeds duidelijk van elkaar gescheiden blijven.⁸ Anderen opteren voor termen als osmose, vermenging en doorwerking als omschrijvingen die de dynamiek tussen privaatrecht en publiekrecht beter weergeven.⁹ Het kwalificeren van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht is van belang, omdat juist op het raakvlak van deze rechtsgebieden in de praktijk vragen rijzen.¹⁰ Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is overigens mede vanwege de competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter niet louter een theoretische aangelegenheid.¹¹ Het handelen van de overheidsonderneming moet in een bestuursrechtelijke procedure worden beoordeeld wanneer deze een schriftelijke beslissing neemt die als een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan kan worden aangemerkt. Voor zover echter geen sprake is van een (besluit van een) bestuursorgaan in de zin van de Awb, geldt in beginsel voor procedures waarbij de overheidsonderneming betrokken is, dat deze voor de civiele rechter plaatsvinden.¹²

Een logische vervolgvraag, is in hoeverre privaatrechtelijke en/ of publiekrechtelijke normen van toepassing zijn op de overheidsonderneming. In beginsel zal voor de overheidsonderneming voor zover deze niet als bestuursorgaan kan worden gekwalificeerd, het privaatrechtelijk – meer in het bijzonder in

8 Zie P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (Preadvies voor de christen juristenvereniging), Den Haag: Sdu 1998, p. 24.

9 Zie bijvoorbeeld J.A.E. van der Does en G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht* (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 8 en M.W. Scheltema, 'Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009/2, p. 12-57.

10 Zie M. Scheltema en M.W. Scheltema, 'De verhouding tussen publiek- en privaatrecht', *NJB* 2004/15, p. 768-776. Voorbeelden die door Scheltema en Scheltema worden gegeven betreffen onder andere de door de overheid gebruikte overeenkomst, de rechtmatige en onrechtmatige daad door de overheid, de daaruit volgende actie uit schadevergoeding en de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen voor het uitvoeren van een overheids-taak.

11 Lubach constateerde reeds in 1986 de dedogmatisering wegens de vermaatschappelijking van het privaatrecht. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaot-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 10. Zie ook W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 964-969.

12 Bloembergen en Huijgen achten de ontwikkeling van het overheidsprivaatrecht in goede handen bij de rechtspraak. Zie A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 1992/6074, p. 957 en W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 968-969. Er is derhalve geen noodzaak het overheidsprivaatrecht te integreren of over te hevelen naar het bestuursrecht omdat het privaatrecht niet geëquipeerd zou zijn om de bijzondere positie van de overheid te beoordelen en in acht te nemen. Ik sluit mij hierbij aan.

het kader van dit onderzoek, het vennootschapsrechtelijk – kader gelden. Hierbij kan inkleuring van de privaatrechtelijke normen door publiekrechtelijke normen plaatsvinden. In de volgende paragraaf worden deze voor de overheidsonderneming van toepassing zijnde normenkaders uiteengezet.

3 DE NORMENKADERS VOOR DE OVERHEIDSONDERNEMING

3.1 Algemeen

Op de overheidsonderneming kunnen twee verschillende normenkaders van toepassing zijn. De grens tussen publiek- en privaatrecht wordt in het Nederlandse recht bepaald door de kernbegrippen ‘besluit’ en ‘bestuursorgaan’. Beide begrippen gaan uit van de aanwezigheid van ‘openbaar gezag’, dat wil zeggen een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag.¹³ Voor zover de overheidsonderneming als bestuursorgaan valt aan te merken, geldt het publiekrechtelijke kader. Om te beoordelen of dit normenkader op de overheidsonderneming van toepassing is, moet in de eerste plaats worden beoordeeld of de overheidsonderneming als bestuursorgaan in de zin van de Awb aan te merken is. Afhankelijk van de bevoegdheden en taak van de overheidsonderneming moet worden bepaald of – en in hoeverre – deze openbaar gezag bekleedt en aldus onder de werking van de Awb valt. Dit wordt besproken in paragraaf 3.2. Voor zover de overheidsonderneming géén bestuursorgaan is, zijn privaatrechtelijke normen van toepassing, zij het dat deze publiekrechtelijk kunnen worden ingekleurd. Dit komt aan bod in paragraaf 3.3.

3.2 De overheidsonderneming als bestuursorgaan in de zin van art. 1.1 lid 1 sub b Awb

Wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon – zoals de overheidsonderneming – wettelijk toegekende bevoegdheden heeft om eenzijdig, voor andere personen bindende besluiten te nemen ter behartiging van publieke belangen, kan zij op grond van art. 1.1 lid 1 sub b Awb als bestuursorgaan (oftewel als

13 In het Engelse recht wordt het karakter van een rechtsverhouding vastgesteld aan de hand van onder andere de zogenoemde *source of power*-test. Deze test is vergelijkbaar met de kwalificatie van een rechtshandeling als besluit waarbij wordt bezien of sprake is van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag die vanuit het legaliteitsbeginsel voor besluiten wordt vereist. Wanneer sprake is van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, wordt de rechtsverhouding als publiekrechtelijk gekwalificeerd op het volgende geval na. Een contract kan ook een *source of power* zijn. Met dien verstande dat het gebruik van contractuele bevoegdheden ongeacht eventuele aanwezige wettelijke grondslagen niet voor ‘judicial review’ vatbaar zijn en derhalve als privaatrechtelijke bevoegdheden worden aangemerkt. Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, ‘Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2009, p. 144.

b-orgaan) worden gekwalificeerd.¹⁴ Dit zogenaamde openbaar gezag-criterium is relatief. De overheidsonderneming wordt slechts geacht b-orgaan te zijn 'voor zover' zij bekleed is met openbaar gezag.¹⁵ Openbaar gezag in de zin van artikel 1:1 eerste lid onder b Awb, kan worden verkregen krachtens een wettelijk voorschrift dat terug te voeren is op een wet in formele zin.

Wanneer een wettelijk voorschrift ontbreekt, kan de aanwezigheid van 'overwegende overheidsinvloed' de kwalificatie als b-orgaan met zich meebrengen, maar algemeen wordt aangenomen dat deze wijze van kwalificatie slechts plaatsvindt in de context van het ambtenarenrecht.¹⁶ Bovendien heeft de rechter in het geval het vennootschappen betrof, mijns inziens terecht nooit op grond van dit criterium deze conclusie willen trekken.¹⁷

Daarnaast kan een entiteit, indien wordt voldaan aan het in de in jurisprudentie ontwikkelde publieke taak-criterium, als b-orgaan worden bestempeld.¹⁸ Indien de taak aan de hand van dit criterium 'publiek' wordt geacht te zijn, kan de rechtsverhouding of rechtshandeling als publiekrechtelijk worden gekwalificeerd ondanks het ontbreken van een specifieke en expliciete bevoegdheidstoekenning.¹⁹ Het publieke taak-criterium houdt in dat als de entiteit een taak uitoefent die de overheid zich heeft aangetrokken en waarvan de uitvoering met overheidsgelden wordt bekostigd, deze entiteit in bepaalde gevallen als verlengstuk van de overheid, en derhalve als bestuursorgaan moet worden gezien.²⁰ Er wordt voor de toepasselijkheid van de Awb, dan gekeken naar het karakter van de rechtshandeling en het karakter van de handelende

14 Bestuursorganen kunnen onderverdeeld worden in a en b-organen. Deze onderverdeling is van belang voor de mate waarin de Awb toepasselijk is. Voor de overheidsonderneming is slechts de kwalificatiewijze van een entiteit als b-orgaan relevant, zodat een bespreking van a-organen achterwege blijft. Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 64.

15 Zijlstra uit kritiek op de vaagheid van het publieke taak-criterium. De flexibiliteit van het criterium is wellicht nodig om in de praktijk entiteiten als bestuursorgaan te kunnen klassificeren, maar doet inderdaad geen recht aan de legaliteits-, specialiteits- en rechtszekerheidsbeginselen. In zoverre geldt deze kritiek van een *trade-off* ook voor het 'voor zover' criterium. Zie S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 54-55.

16 Hoewel de vraag gesteld kan worden of het criterium van overheidsinvloed ook buiten het ambtenarenrecht toepassing zou moeten krijgen voor het benoemen van overheidsondernemingen als bestuursorganen. Zo ook S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 51-52.

17 Zie inzake de NV Luchthaven Schiphol, ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474 m.nt. AFMB.

18 Dit wordt ook wel het doorgeefluik-criterium genoemd. Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 124-126 en S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49-55.

19 Zie ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra, JB 1995, 337, m.nt. F.A.M. Stroink, *Gst.* 7024 m.nt. C.P.J. Goorden, *RAwb* 1996, 44 m.nt. J.B.J.M. ten Berge en Rb Maas-tricht 21 april 1995, AB 1996, 137 en JB 1995, 116 m.nt. F.A.M. Stroink (*Stichting Silicose*).

20 Zie S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49.

entiteit. Net als in Engeland²¹ heeft dit publieke taak-criterium een aanvullende functie om te toetsen of sprake is van een publiekrechtelijke rechtsverhouding wanneer hiervoor geen specifieke wettelijke grondslag is.²² Voor de beantwoording van de vraag of het in casu de uitoefening van een publieke taak betreft, is de inhoud van de beslissing steeds van groot belang.²³

Hoewel van (indirecte) bekostiging met overheidsgelden kan worden gesproken wanneer de overheid een meerderheidsdeelneming in een vennootschap heeft en kan worden gezegd dat sprake is van een taak die de overheid zich heeft aangetrokken, gaat het mijns inziens te ver om de privaatrechtelijk ingerichte overheidsonderneming louter op grond van deze criteria als bestuursorgaan te bestempelen. Aan deze elementen tezamen met beleidsbepalende overheidsinvloed, ontleent de overheidsonderneming echter wel een publiek karakter dat haar onderscheidt van reguliere ondernemingen zodat deze met recht een *overheids*onderneming kan worden genoemd. Desalniettemin heeft voor de overheidsonderneming te gelden dat deze slechts als b-orgaan wordt geclassificeerd, voor zover een wettelijke taak is toegekend. Hierbij kan bijvoorbeeld aan De Nederlandsche Bank worden gedacht die slechts voor zover zij besluiten had genomen omtrent de omwisseling van guldenbiljetten- en munten, een bestuursorgaan geacht werd te zijn.²⁴

21 Tussen de wijzen van begrenzing tussen publiek- en privaatrecht in het Engelse en Nederlandse recht kunnen parallellen worden getrokken. Voor een uitgebreide beschrijving van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht en een vergelijking met het Nederlandse recht zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *NTB* 2009, p. 142-152 en zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

22 Deze zogenaamde publieke taak-test heeft in het Nederlandse recht een dubbele functie. De toets wordt gebezigd om te bepalen of een niet-overheidsinstelling als bestuursorgaan moet worden aangemerkt en of een bepaalde handeling van een overheidsinstelling als besluit kan worden aangemerkt. Voor niet tot de klassieke overheid behorende entiteiten wordt met behulp van deze toets bepaald of deze als bestuursorgaan zou moeten worden bestempeld zodat toegang en toetsing aan de Awb zou kunnen geschieden in een bestuursrechtelijke procedure. Voor wat betreft de handelingen waarmee zij een publieke taak uitoefenen worden zij aangemerkt als b-orgaan. Voor instellingen die tot de klassieke overheid behoren wordt deze toets gebruikt om te bepalen of bepaalde handelingen als publiek- of privaatrechtelijk moeten worden aangemerkt wanneer een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt. Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *NTB* 2009/6, p. 148.

23 Ook een wettelijke aansluitingsverplichting kan erop duiden dat de betrokken privaatrechtelijke instantie een publiekrechtelijke taak en functie heeft en derhalve gekwalificeerd moet worden als bestuursorgaan, in het bijzonder een b-orgaan. Zie ABRvS 24 december 2003, *JB* 2004, 42.

24 Zie ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, nr. 21, m.nt. H. Peters.

Voor zover de overheidsonderneming openbaar gezag uitoefent, geldt het publiekrechtelijke kader van de Awb en daarmee ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer de overheidsonderneming in het kader van de haar toegekende taak, privaatrechtelijke rechtshandelingen dan wel feitelijke handelingen verricht, is de onderneming gebonden aan deze geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke uitgangspunten.²⁵ De vraag rijst echter in hoeverre de overheidsonderneming – wanneer zij *niet* als bestuursorgaan handelt – gebonden is aan publiekrechtelijke normen.

3.3 De overheidsonderneming en de doorwerking van publiekrechtelijke normen in het privaatrechtelijke kader

3.3.1 *Algemeen*

Indien en voor zover de overheidsonderneming geen openbaar gezag bekleedt, valt deze daarmee nog niet buiten het bereik van publiekrechtelijke normen.²⁶ De toepasselijkheid van deze publiekrechtelijke normen is ook wenselijk omdat de overheidsonderneming ten opzichte van reguliere ondernemingen een bijzondere positie kan hebben.²⁷ De invulling van het privaatrechtelijke kader voor de overheidsonderneming kan plaatsvinden via de redelijkheid en billijkheid of op grond van artikel 3:14 BW aan de hand van publiekrechtelijke nor-

25 De afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van de Awb zijn op grond van art. 3:1 lid 2 Awb van overeenkomstige toepassing, overigens steeds voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

26 Zo meent Scheltema dat de doorwerking van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht mogelijk is via private regulering, waarbij publieke belangen door private actoren worden behartigd. Hij doelt hier niet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar op andere normen zoals de bescherming van mensenrechten en het milieu. Er vindt een door de private actoren vrijwillig gekozen doorwerking plaats, omdat zij zich belangen aantrekken die volgens hen ook tot hun eigen verantwoordelijkheid moet worden gerekend. Zie M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7-8, p. 186-192.

27 Normen die de bevoorrechte concurrentiepositie van de overheidsonderneming moeten tegengaan zoals mededingingsrechtelijke regels worden besproken in hoofdstuk 4 en 5.

men, in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁸ Deze wisselwerking tussen privaats- en publiekrecht wordt hieronder beschreven.

3.3.2 De gemengde rechtsleer op de overheidsonderneming toegepast

Hoewel de overheidsonderneming slechts als bestuursorgaan wordt gekwalificeerd voor zover deze publiekrechtelijke bestuursbevoegdheden uitoefent, kunnen zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke normen haar handelen normeren.²⁹ Haar bijzondere positie rechtvaardigt de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op grond van de geldende, zogenaamde gemengde rechtsleer.³⁰ Deze gemengde rechtsleer is gecodificeerd in artikel 3:14 BW en artikel 3:1 tweede lid Awb³¹ en gaat ervan uit dat bij grensgevallen tussen het privaatrecht en het bestuursrecht, mengvormen van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke normen van toepassing zijn.³²

28 De verhouding tussen publiek en privaatrecht heeft zich ontwikkeld van een focus op het dogmatisch benaderen van de verschillen 'naar een pragmatische benadering, waarbij een zo groot mogelijke eenheid van publiek- en privaatrecht voorop wordt gesteld', zie W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 964-969. Huijgen noemt de ontwikkeling via rechtstreekse toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het erkennen van de bijzondere taak van de overheid (te weten de behartiging van het publieke belang in het privaatrecht) en de inkleuring van privaatrechtelijke open normen met publiekrechtelijke elementen. Zie anders: F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht* (afscheidsrede gehouden op 16 juni 2006 Universiteit Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 7. Stroink ziet de wenselijkheid van het naar elkaar toegroeien van het privaats- en bestuursrecht niet. Hij benadrukt het onderscheid tussen de rechtsgebieden. Zie nader over de doorwerking van bestuursrechtelijke normen in het privaatrecht M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7-8, p. 186-192. Zie meer in het algemeen voor beginselen van behoorlijk bestuur in breder perspectief G.H. Addink, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford University Press 2013 (nog te verschijnen).

29 Lubach omschreef reeds in 1986 dat de aard van de rechtsverhouding bepalend is voor het beantwoorden van de vraag welk recht op de rechtsverhouding van toepassing is. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14.

30 Met de codificatie van de gemengde rechtsleer heeft de verwevenheid van de verschillende rechtsgebieden een wettelijke basis verkregen. Van der Vlies ziet in de artikelen 3:14 BW en 3:1 tweede lid Awb een duidelijk bewijs dat de rechtsgebieden naar elkaar toe groeien. Zie I.C. van der Vlies, *Algemene begrippen. Hoofdstuk 1 en 2 Awb* (serie Studiepockets staats- en bestuursrecht deel 35), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 48.

31 Deze artikelen leggen een aspect van de gemengde rechtsleer vast, maar met deze codificatie is niet beoogd de rechtsontwikkeling van de leer vast te leggen.

32 Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14 en voor een samenvatting van het IKON arrest over de gemengde rechtsleer W.G. Huijgen, *Kwartalbericht Nieuw BW*, 1991/4, p. 131 e.v. Huijgen merkt mijns inziens terecht op dat op grond van art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb aan

In het algemeen wordt aangenomen dat de bepalingen betrekking hebben op het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden door de *overheid*. Hoewel Van Rossum wel wat ziet in toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op niet-overheidsorganen op basis van artikel 3:14 BW, constateert ook zij dat hier gezien het standpunt van de Hoge Raad in het RZG arrest³³ niet snel sprake van zal zijn.³⁴ De vraag of het ziekenfonds RZG bij het inkopen van medische hulpmiddelen was gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, werd hierin namelijk negatief beantwoord.

Evenwel zou mijns inziens artikel 3:14 BW wel als schakelbepaling voor de toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de overheidsonderneming kunnen gelden.³⁵ De overheidsonderneming is in sterkere mate verbonden aan de overheid dan het ziekenfonds RZG dat niet tot de overheid behoorde maar slechts door overheidsgelden werd gefinancierd.

In hoeverre de schakelbepalingen onverkort moeten gelden voor de overheidsonderneming, hangt af van de vraag in hoeverre deze een bijzondere positie inneemt ten opzichte van niet-overheidsondernemingen. Om reguliere en overheidsondernemingen te onderscheiden, sluit ik aan bij het door Van der Does en Snijders geformuleerde functionele criterium. Zij stellen dat privaatrechtelijke rechtspersonen gelijk kunnen worden gesteld met de overheid als 'de aard en inhoud van de opgedragen taak en de omvang van de daarbij verleende of bestaande bevoegdheden rechtvaardigen dat de bijzondere regels die voor de overheid gelden in het privaatrecht, ook van toepassing zijn op de betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon'.³⁶

Over de participatie in een vennootschap kan worden gesteld dat 'de overheid (...) in een gelijkwaardige in plaats van een hiërarchische relatie tot de uitvoe-

dezelfde normen en maatstaven wordt getoetst in het kader van art. 6:162 BW, zie W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 964-969.

33 Zie HR 4 april 2003, *NJ* 2004, nr. 34 (m.nt. M.A.M.C. van den Berg).

34 Zie A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005/4, p. 93.

35 Art. 3:14 BW is tezamen met de artikelen 3:15, 3:59, 3:79 en 3:326 BW en art. 3:1 lid 2 Awb één van de schakelbepalingen waardoor de gemengde rechtsleer tot uiting komt. 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.

36 Vergelijk met het functioneel criterium dat Van der Does en Snijders gebruiken om van gelijkstelling met de overheid te kunnen spreken. Zie J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 3-4.

rende organisatie [staat]'.³⁷ Dit is een argument voor de stelling dat de overheidsonderneming in ieder geval tot op zekere hoogte aan de overheid gelijk moet worden gesteld. Overheidsondernemingen maken als semi-publieke instellingen namelijk deel uit van een tussencategorie, waarbij een semi-publieke invulling van het privaatrechtelijke normenkader past.

De bewoordingen van artikel 3:14 BW laten ruimte voor een aanvullende functie voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door toepasselijkheid op semi-publieke instellingen, waaronder de overheidsonderneming.³⁸ Van Rossum stelt dat vanwege de formulering van artikel 3:14 BW – waarbij ze refereert aan de daarin gebruikte term 'iemand' – het mogelijk is dat niet alleen overheidslichamen onder artikel 3:14 BW vallen.³⁹ Ik kan mij hierin vinden voor zover een onderscheid wordt gemaakt tussen entiteiten die een bepaalde publieke taak behartigen waarvoor normering door het publiekrecht is gerechtvaardigd – zoals de overheidsonderneming – en entiteiten die niet gebonden zijn aan het publieke recht door bijzondere taken (de gewone burger) of nauwe verbondenheid met de overheid. De bepaling zou anders zijn onderscheidende betekenis verliezen. Er had dan kunnen staan, 'iedereen' in plaats van 'iemand'. Hierbij wil ik opmerken dat ook privaatrechtelijke open normen, zoals bijvoorbeeld de open norm van redelijkheid en billijkheid, ruimte laten voor een publiekrechtelijke inkleuring van het privaatrechtelijke kader van de overheidsonderneming welke tot vergelijkbare resultaten leiden als bij toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur via artikel 3:14 BW.⁴⁰

Kortom, de overheidsonderneming heeft een bijzondere, bevoorrechte positie ten opzichte van reguliere ondernemingen. En hoewel dit de overheidsonderneming niet tot bestuursorgaan maakt indien de overheidsonderneming openbaar gezag ontbeert, rechtvaardigt deze positie mijns inziens wel een zekere toepasbaarheid van publiekrechtelijke normen. De overheidsonderneming wordt derhalve niet geheel gelijkgesteld met de overheid. Het bijzondere karakter van de overheidsonderneming gelegen in het betrokken publiek belang en de overwegende beleidsbepalende overheidsinvloed rechtvaardigen de toepassing van publiekrechtelijke normen volgens de gemengde rechtsleer.

37 Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 16.

38 Het artikel zou een dergelijke zogenoemde kapstokfunctie voor semi-overheidsinstellingen kunnen vervullen aangezien verschillende algemene beginselen eenvoudig toegepast kunnen worden in het privaatrecht. Vergelijk R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 533-534.

39 Zie A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005/4, p. 91.

40 Zie F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'', *AA* 2012, p. 562-572.

3.4 Invulling van het normenkader voor de overheidsonderneming

3.4.1 *Beginselen*

Het privaatrechtelijke kader van de overheidsonderneming kan – zoals in de voorgaande paragraaf is beargumenteerd – mijns inziens publiekrechtelijk worden ingekleurd via de open normen in het burgerlijk recht, of op grond van art. 3:14 BW. De wisselwerking tussen de toepasselijke privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen moet steeds per individueel geval worden beoordeeld. De toepasselijke privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen kunnen elkaar ondersteunen of aanvullen wanneer ze gebaseerd zijn op gemeenschappelijke beginselen.⁴¹ Een voorbeeld van een dergelijk gemeenschappelijk beginsel is het vertrouwensbeginsel.⁴² In deze situaties zal een interpretatie van de betrokken normen geen moeilijkheden opleveren.

Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen kunnen echter ook tegenstrijdig zijn. Hier kan bijvoorbeeld sprake van zijn wanneer verschillende beginselen tot uitgangspunt worden genomen. De tegenstrijdigheid vloeit dan voort uit het dogmatische onderscheid tussen privaot- en publiekrecht.⁴³ Deze tegenstrijdigheid, wordt door sommigen aangegrepen om te pleiten tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid. Een dergelijke tegenstrijdigheid is mijns inziens op zichzelf echter geen valide argument tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen of andere instrumenten door

41 Privaotrecht en publiekrecht kennen gemeenschappelijke beginselen. Beginselen kunnen gezien worden als algemene leerstukken van het recht die richtinggevend zijn voor de interpretatie van positief recht. Lubach meent dat sprake is van algemene rechtsbeginselen die gelding hebben in zowel het privaotrecht als in het bestuursrecht. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaot-publiekrecht in het licht van het NBW, in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14. Scheltema meent in navolging van Bloembergen dat het bestuursrecht en het privaotrecht gemeenschappelijke regels kennen waarvan opname in een Wet Algemene Bepalingen zou passen. Zie M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? Of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst?', *WPNR* 1992/6074, p. 959. Ook kan worden gesproken over een beperkt gesloten stelsel van rechtsbeginselen dat toepasbaar is in alle rechtsgebieden. Zie R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 25. Deze gemeenschappelijke algemene rechtsbeginselen kunnen in de verschillende contexten een andere uitwerking hebben. Zie bijvoorbeeld voor de invulling van het evenredigheidsbeginsel in verschillende contexten I.V. Aronstein, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel in Europees en Nederlands privaotrecht', *WPNR* 2011/6901, p. 816-822.

42 Zie nader R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 533.

43 Zie nader Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 401-404.

de overheid. Ook publiekrechtelijke beginselen kunnen immers aan elkaar tegenstrijdig zijn.

Ondanks een mijns inziens onmiskenbare osmose, kunnen wezenlijke verschillen bestaan in een aantal aan de rechtsgebieden ten grondslag liggende wezenlijke rechtsbeginselen. Denk daarbij aan het legaliteitsbeginsel en het beginsel van partijautonomie. De mogelijke tegenstrijdigheid van de inhoud van de beginselen, doet niet af aan het feit dat zowel de privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen gelden. De inhoud van het normenkader waarbinnen de overheidsonderneming handelt, moet derhalve steeds worden bepaald aan de hand van deze tussen het publiek- en privaatrecht bestaande wisselwerking.⁴⁴ Ik zal dit hieronder illustreren aan de hand van de wisselwerking tussen het publiekrechtelijke legaliteitsbeginsel dat geldt ter rechtsbescherming en het privaatrechtelijke beginsel van partijautonomie dat wordt ingegeven door rechtvaardigheid.

Voor handelen in het privaatrecht, geldt vanwege het autonomiebeginsel in beginsel een onbeperkte contractsvrijheid en vrijheid met betrekking tot eigendom.⁴⁵ Deze contractsvrijheid is het uitgangspunt in het overeenkomstenrecht. Volgens de klassieke invulling houdt deze in dat partijen in beginsel de vrijheid hebben om te kiezen met wie, waarover en wanneer zij een overeenkomst willen sluiten. Daar waar het evenwicht wordt verstoord, bestaat een rechtvaardigingsgrond voor de wettelijke bescherming van de zwakkere partij. In het privaatrecht worden bepaalde partijen derhalve beschermd indien hun positie ten opzichte van de andere partij vanwege bepaalde omstandigheden zwakker wordt geacht. Partijautonomie vereist namelijk een zekere mate van gelijkheid tussen partijen.⁴⁶

Hoewel in zowel het privaatrecht als in het publiekrecht de zwakker geachte partij wordt beschermd, ligt hier een fundamenteel ander principe

44 De aan deze rechtsgebieden ten grondslag liggende beginselen bepalen de interpretatie van rechtsnormen en kunnen tegenstrijdig zijn. Zie voor de verschillende rechtsbeginselen voor het publiekrecht Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 269 e.v. en voor het privaatrecht J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

45 Zie uitgebreider J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 52 e.v. Voor het onderscheid tussen beleidsvrijheid en partijautonomie zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaat-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvis Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 36.

46 Naast het autonomiebeginsel ziet Cherednychenko het solidariteitsbeginsel als rechtvaardiging voor ingrijpen in rechtsverhoudingen. Zie O.L. Cherednychenko, 'Contractsvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?', *Contracten* 2004/3, p. 60-61.

aan ten grondslag. In het publiekrecht is dit namelijk de rechtsbeschermingsgedachte en in het privaatrecht de rechtvaardigheidsgedachte.⁴⁷

Het overheidshandelen wordt in het publiekrecht beperkt door het legaliteits- en het specialiteitsbeginsel.⁴⁸ Iedere overheidsbevoegdheid moet gebaseerd zijn op een specifieke wettelijke grondslag, die tevens de toetssteen voor het overheidsoptreden vormt. Het publiekrecht beoogt de burger te beschermen tegen de uitoefening van de bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheden, die aan de overheid zijn toegekend om zijn bijzondere taak te kunnen vervullen. Voorop staat derhalve de wens tot rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid die bijzondere bevoegdheden bezit.

Het argument tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid omdat deze zich zo aan publiekrechtelijke normen zou kunnen onttrekken en zich een grotere vrijheid zou kunnen veroorloven dan in het publiekrecht, hoeft mijns inziens niet te kloppen. Voor het gebruik van de overheidsonderneming, hoeft het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld geen belemmering te zijn. Wanneer de overheid aandeelhouder in een kapitaalvennootschap is, is de overheid zoals besproken in hoofdstuk 2 evenzeer als andere aandeelhouders gerechtigd om haar stemrechten die aan de aandelen zijn verbonden uit te oefenen. Wel zal het handelen van de overheid, steeds met het oog op het publiek belang moeten plaatsvinden. Lubach meent dat de contractsvrijheid van de overheid verder beperkt is en dat de inhoud van overeenkomsten niet wordt bepaald aan de hand van autonomie van wilsvorming, maar op grond van toepasselijke publiekrechtelijke normen.⁴⁹

Een dergelijke vergaande beperkende werking van bijvoorbeeld het legaliteits- en specialiteitsbeginsel ten aanzien van het begrip partijautonomie kan mijns inziens niet onverkort voor de overheidsonderneming gelden. Voor het handelen van de overheidsonderneming zelf is het legaliteitsbeginsel namelijk niet in dezelfde mate leidend. Het legaliteitsbeginsel kan de partijautonomie van de overheidsonderneming beperken vanwege de aan de onderneming opgedragen publieke taak, maar de overheidsonderneming kan handelingen verrichten

47 De erkenning dat osmose tussen beide rechtsgebieden plaatsvindt, doet hieraan niet af. Zo ook R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 59-60.

48 Het bestuur heeft voor bepaalde handelingen een wettelijke grondslag nodig en haar optreden moet doelgebonden zijn. Zie F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 9-13. Zie anders voor wat betreft de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk kleed*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1997, p. 15-17.

49 zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaot-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 32-36.

die niet behoeven te berusten op wettelijke bevoegdheden zoals de handelingen van de overheid dat wel moeten doen. De privaatrechtelijke regels verlenen de overheidsonderneming een autonome bevoegdheid om te handelen binnen het door het civiele recht toegestane kader. De overheidsonderneming heeft mijns inziens evenals de overheid, echter wel een beperktere autonomie. De overheid mag namelijk niet alles; zij moet haar handelen verantwoorden volgens hetgeen democratisch gelegitimeerd is. En zo is ook de overheidsonderneming naast de grenzen van het privaatrecht die voor eenieder gelden, gebonden aan publiekrechtelijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor haar handelen gelden deze publiekrechtelijke normen als extra waarborg zodat de overheid de mogelijkheid tot het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen niet misbruikt. Daarbij is de onderneming gebonden aan het aan haar toevertrouwde publieke belang, zoals deze zou moeten zijn vastgelegd in de statutaire doelomschrijving.

Kortom, zowel wanneer de overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke instrumenten, als wanneer de overheidsonderneming handelt, beïnvloeden mijns inziens publiekrechtelijke beginselen de (concrete) invulling van privaatrechtelijke normen.⁵⁰ Ook de privaatrechtelijke vrijheid van de overheidsonderneming – zelfs als deze niet als bestuursorgaan kan worden aangemerkt – kan derhalve worden beperkt door bestuursrechtelijke normen, omdat dit als een aanvullend normenkader geldt voor (semi-) overheden zoals de overheidsonderneming. Een dergelijk aanvullend publiekrechtelijk normenkader, geldt niet voor niet-overheden.⁵¹

50 Sommigen zien de beperking van de contractsvrijheid van de overheid als een bewijs van het primaat van het bestuursrecht. Volgens G.A. van der Veen demonstreert het oordeel van de Hoge Raad in de Rasti Rostelli zaak dit primaat. Zie G.A. van der Veen, 'Primaat van het publiekrecht en grondrechtelijke beperkingen op de contractsvrijheid', *NTBR* 1996/8, p. 197-200. Mijns inziens kan een beperking van de contractsvrijheid van de overheidsonderneming ook gezien worden in het interne systeem van het privaatrecht zonder dat direct sprake is van het primaat van het bestuursrecht. Vergelijk M.H. Wissink, 'Contractsvrijheid van de overheid', *Bb* 1996/13, p. 105-107. Een volledige onderwerping van het privaatrecht aan het publiekrecht is mijns inziens niet mogelijk zonder de integriteit van het privaatrecht aan te tasten. Het is mijns inziens daarom onwenselijk om van het primaat van het bestuursrecht te spreken. Desalniettemin dient in het privaatrecht terdege rekening te worden gehouden met de bijzondere positie van de overheid in een privaatrechtelijke rechtsvorm. Het integreren van het publiek belang in belangenafwegingen en doorwerking via art. 3:14 BW zorgen voor deze aansluiting.

51 Zo kan het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld de privaatrechtelijke contractsvrijheid van de overheid beperken. Zie nader G.A. van der Veen, 'Gemeentelijke contracten en het gelijkheidsbeginsel', *Gst.* 2010/115, p. 582-584. De contracteervrijheid van de overheid kan bijvoorbeeld worden beperkt omdat zij ook in privaatrechtelijke verhoudingen grondrechten in acht moet nemen. Een privaatrechtelijke partij is niet in dezelfde mate gebonden. Een voorbeeld van de beperking van de contracteervrijheid wegens de publiekrechtelijke verplichting een vergunning af te geven is HR 5 juni 2009, *JB* 2009/171 m.nt. Peters (*Amsterdam/Geschiere*). In casu kon de gemeente Amsterdam activiteiten waarvoor zij verplicht was een vergunning te verlenen, niet verhinderen door het onthouden van de benodigde

De verschillende invulling van normen en rechtsverhoudingen – gedictieerd door de wens van rechtsbescherming en de wens van rechtvaardigheid – vormen vanwege de verschillende uitgangspunten, twee verschillende toetsingskaders. De wisselwerking tussen het privaatrechtelijke kader en de toepasselijke publiekrechtelijke normen, kan behalve een beperkende werking op het handelen van de overheid en de overheidsonderneming, echter ook een verruimende werking hebben. Naast de beperkende invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrechtelijk handelen van de overheid, kan de overheid in het privaatrecht in bepaalde gevallen namelijk een grotere vrijheid toekomen, dan wanneer zij zou handelen op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden.⁵² Dit omdat de overheid zich in sommige gevallen ten opzichte van niet-overheden een grotere vrijheid met betrekking tot privaatrechtelijk handelen kan veroorloven vanwege de bijzondere taak die zij heeft.⁵³ Een dergelijke vrijheid kan mijns inziens in bepaalde gevallen ook de overheidsonderneming toekomen.

Deze mogelijkheid doet niet af aan het feit dat het publiekrechtelijke normenkader het privaatrechtelijke normenkader aanvult, waardoor een meervoudige toets plaatsvindt. Voorafgaand aan het oprichten of deelnemen in een privaatrechtelijke onderneming, wordt aan de doorkruisingsleer getoetst of de overheid de privaatrechtelijke weg mag bewandelen. Wanneer de overheid een privaatrechtelijke rechtsfiguur heeft opgericht, of hierin deelneemt is haar handelen steeds onderworpen aan zowel de privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen via art. 3:14 BW. Daarbij geldt ook voor het handelen van de overheidsonderneming een doorlopende toets aan een wisselwerking van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen die zowel beperkend als verruimend kunnen werken. Deze doorlopende toets moet als een extra waarborg tegen misbruik van het privaatrecht door de overheid worden gezien, die de bezwaarlijkheid van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen mijns inziens wegneemt.

privaatrechtelijke toestemming als eigenaar van de grond. Dit zou in strijd met het verbod van misbruik van bevoegdheid worden geacht. Zie R.J.N. Schlössels en F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 228-229.

52 Zie A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid: wanneer mag de overheid gebruik maken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005, p. 85-93. Van Rossum bespreekt het voorbeeld van de overheid die als eigenaar van grond, zich kan permitteren andere grondprijzen te berekenen, zonder dat deze ongelijke behandeling in strijd zou komen met het gelijkheidsbeginsel. Een objectieve en redelijke rechtvaardiging werd in casu geacht aanwezig te zijn.

53 Nakoming van een bepaalde overeenkomst kan ten aanzien van de overheid bijvoorbeeld niet worden gevorderd in gevallen waarin dit van een private wederpartij wel zou kunnen worden geëist wanneer het publieke belang in het geding is.

3.4.2 *Legitimiteit gebruik privaatrechtelijke rechtsvorm voor overheidsonderneming*

De toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het handelen van de overheidsonderneming in een privaatrechtelijke rechtsvorm versterkt de legitimiteit van het gebruik van een privaatrechtelijke rechtsvorm voor het onderbrengen van een overheidsonderneming. De angst dat de overheid misbruik zou maken van privaatrechtelijke mogelijkheden kan enigszins worden getemperd door te erkennen dat haar mogelijkheden in het privaatrecht worden begrensd door het publiekrechtelijke kader. Zij heeft niet dezelfde vrijheid zoals de ruime beleidsvrijheid die slechts marginaal wordt getoetst in het bestuursrecht. Zelfs wanneer in het privaatrecht minder strikt wordt omgegaan met een bevoegdheidsgrondslag – omdat de overheid als rechtspersoon bepaalde rechten en plichten kan uitoefenen zonder dat daarvoor een bijzondere wettelijke grondslag voor bestaat – worden bij het uitoefenen van deze bevoegdheden toch grenzen aangegeven. De overheid wordt dan niet dezelfde vrijheid vergund als wanneer zij gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid in het publiekrecht. De begrippen beleidsvrijheid en beleidsruimte in het bestuursrecht worden weerspiegeld in het criterium van een redelijk handelende overheid. Voor deze redelijk handelende overheid gelden tevens bestuursrechtelijke normen, terwijl het handelen ook aan privaatrechtelijke normen als de redelijkheid en billijkheid wordt getoetst. Het handelen van de overheid wordt derhalve aan een extra toets onderworpen die soortgelijke resultaten oplevert als wanneer zij hetzelfde had gepoogd via publiekrechtelijke wegen. Hoewel de rechtsbescherming van de Awb dan niet openstaat, heeft andere publiekrechtelijke regelgeving die eventuele nadelen voor de wederpartijen van de overheid in het privaatrecht zo veel mogelijk wegneemt, zoals mededingingsrechtelijke regels, volledige gelding zodat deze nadelen tot een minimum worden beperkt.

Verschillende auteurs wijzen op het in hun ogen laakbare feit dat de overheid het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten niet steeds op een specifieke rechtsgrondslag stoelt. Dit bezwaar wordt met betrekking tot de overheidsonderneming mijns inziens opgeheven doordat zowel het gebruik van het privaatrecht door de overheid als het handelen van de overheidsonderneming kunnen worden getoetst aan publiekrechtelijke normen. Men zou namelijk kunnen stellen dat naast de ingangstoets van de doorkruisingsleer, het gebruik van het privaatrecht door de overheid via een overheidsonderneming aldus aan een tweede, doorlopende toets wordt onderworpen. Het geldende normenkader vormt de inhoudelijke toets waardoor beleidsruimte op grond van het privaatrecht ook doorlopend wordt begrensd. Het privaatrechtelijke instrumentarium is door deze aanvullende werking van publiekrechtelijke normen, ook in het civiele recht aan waarborgen onderworpen, zelfs als door het gebruik

van het privaatrecht minder strikt wordt omgegaan met een specifieke rechtsgrondslag.⁵⁴

4 CONCLUSIE

De overheidsonderneming is een bijzonder deel van het overheidsprivaatrecht, omdat zowel de interne, institutionele verhoudingen, als de externe rechtsverhoudingen van overheidsondernemingen vragen over de grenslijn tussen publiek- en privaatrecht oproepen. Het publiek- en privaatrecht zijn in elkaar overlopende rechtssferen.⁵⁵ Lubach meent dat het belang van onderscheid tussen de rechtsgebieden slechts is gelegen in het vinden van de juiste rechtsingang.⁵⁶ Zoals besproken, spelen mijns inziens ook de verschillen in rechtsgrondslagen, het karakter van de rechtsgebieden en de verschillende wijzen van invulling van normen een rol. De competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechtspraak en de verschillende contexten

54 Men kan beargumenteren dat ook voor de overheid een specifieke rechtsgrondslag voor het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden niet nodig is omdat een dergelijke eis niet strookt met het privaatrechtelijke uitgangspunt dat een entiteit met rechtspersoonlijkheid alle privaatrechtelijke mogelijkheden tot zijn beschikking heeft tenzij uit de wet anders voortvloeit. De rechtspersoonlijkheid van de overheid zou daarmee namelijk worden uitgehouden. Anderzijds is vanuit staatsrechtelijk en bestuursrechtelijk oogpunt logisch dat een bevoegdheidsgrondslag een dermate essentiële voorwaarde is voor het functioneren van de overheid en het uitoefenen van gezag, dat deze zelfs in het privaatrecht niet moet worden kunnen omzeild. Of dat een dergelijke eis juist in het privaatrecht niet zou mogen worden weggelaten omdat daarmee misbruik door de overheid impliciet wordt gefaciliteerd.

55 De wens is vader van de gedachte en de visie die men heeft op de verhouding van de overheid en de samenleving en de rol van de overheid bepaalt de gedachtevorming over de scheiding tussen publiek- en privaatrecht en waar de grens tussen beide rechtsgebieden ligt of behoort te liggen. Met Jurgens en Van Ommeren ben ik van mening dat het onderscheid geen van tevoren vaststaand dogmatisch concept is. Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2009, p. 152. Jurgens en Van Ommeren noemen het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht multifunctioneel. Het onderscheid dient meestal meerdere doelen zoals het verschaffen van toegang tot een bepaalde rechter en de toepasselijkheid van een bepaalde set normen. De scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht heeft dezelfde functies in het Nederlandse rechtssysteem.

56 Lubach wenst dedogmatisering van het onderscheid tussen bestuursrecht en privaatrecht. Hij meent dat de problematiek van het maken van een onderscheid tussen de twee rechtssferen niet gerechtvaardigd wordt door een materieelrechtelijk verschil maar voornamelijk wordt opgelegd vanwege de competentieverdeling tussen de administratieve rechtspraak en de burgerlijke rechter. Een vermindering van het onderscheid heeft volgens hem reeds plaatsgevonden vanwege de vermaatschappelijking van het privaatrecht. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaatrecht-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 10-14.

waarin de rechterlijke toetsing plaatsvindt en de normenkaders waaraan wordt getoetst, hoeven echter geen divergentie in de geboden rechtsbescherming te veroorzaken.

Er blijft – ondanks een toenadering van de rechtsgebieden – een noodzaak bestaan, om de overheidsonderneming en haar verschillende rechtsbetrekkingen een plaats te geven in het – in beginsel – privaatrechtelijke kader.⁵⁷

Twee thema's staan in dit hoofdstuk centraal. Ten eerste het belang van het maken van onderscheid tussen reguliere en overheidsondernemingen. Ten tweede het beargumenteren waarom de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing moeten worden geacht op het handelen van de overheidsonderneming, ook als deze niet als bestuursorgaan in de zin van de Awb kan worden gekwalificeerd. De toepasselijkheid ervan wordt gerechtvaardigd door de gemengde rechtsleer die mijns inziens van toepassing moet worden geacht op de overheidsonderneming, omdat deze ten opzichte van reguliere ondernemingen een bijzondere positie heeft en (deels) een publieke taak heeft die zij moet incorporeren in haar handelen. De overheidsonderneming wordt daarom een duale toets aangemeten. Haar handelen is enerzijds onderworpen aan publiekrechtelijke normen omdat deze mijns inziens via de gemengde rechtsleer zoals vastgelegd in artikel 3:14 BW van toepassing zijn of anders via de open normen van het burgerlijk recht gelden. Deze publiekrechtelijke normen zouden mijns inziens ook via artikel 3:1 lid 2 Awb analoog van toepassing kunnen zijn op de overheidsonderneming. Dit komt bovenop de reguliere toetsing van het handelen aan het privaatrechtelijk kader van het Burgerlijk Wetboek. Anderzijds brengt de bijzondere taak die hoort bij de doelstellingen van de overheidsonderneming mee dat zij zich in bepaalde gevallen meer vrijheid kan veroorloven in het burgerlijk recht. Bij een belangenafweging zal het publieke belang moeten worden gewogen ten opzichte van het private belang, waarbij private belangen opzij kunnen worden gezet. Wel moet worden bezien of deze belangenafweging binnen het vennootschapsrechtelijke kader mogelijk is. De alhier geregelde institutionele verhoudingen kunnen niet zonder nadere argumentatie worden verstoord. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 4.

57 Scheltema constateerde reeds in 1992 de samenhang en toenadering tussen beide rechtsgebieden. Zie M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? Of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst?', *WPNR* 1992/6074, p. 958-963.