

VOORWOORD

Uit het voorwoord bij de eerste druk

In deze serie verscheen in 1985 als deel B-48 'Onrechtmatige overheidsdaad' door J. A.E. van der Does en J.L. de Wijkerslooth. De rechtsontwikkeling noopte al snel tot een tweede druk van dit werk, maar die druk is er nooit gekomen. De redactie verzocht beide auteurs om ook het in deze serie geplande deel over overeenkomsten met de overheid voor hun rekening te nemen, waarop het idee ontstond van een nieuw en meer omvattend werk omtrent het overheidsprivaatrecht als geheel. Inspiratiebron was mede het in paragraaf 1 van dit boek genoemde overzichtsartikel van Bloembergen in *WPNR* 6074 (1992) 'Overheidsprivaatrecht: een schets van een algemeen deel'. Voordat met de uitvoering van dit idee werd aangevangen, heeft G. Snijders de plaats ingenomen van J.L. de Wijkerslooth. (...)

In het voorwoord van de voorloper van dit boek spraken de auteurs de hoop uit dat zij ondanks hun professionele occupaties – en ongetwijfeld deformaties – de objectiviteit hadden weten te behouden. Die hoop spreken de auteurs ook ditmaal uit.

De kopij is bijgewerkt tot 1 juli 2000. (...)

J.A.E. van der Does
G. Snijders

Uit het voorwoord bij het eerste deel van de tweede druk

Ten opzichte van de eerste druk is deze druk belangrijk uitgebreid en gewijzigd. Er worden meer onderwerpen besproken en de besproken onderwerpen worden in het algemeen meer uitvoerig behandeld dan in de eerste druk. Hiernaast was er (opnieuw) veel nieuw materiaal te verwerken. Het overheidsprivaatrecht bestaat voor een belangrijk deel uit jurisprudentierecht en sinds de vorige druk is een grote hoeveelheid rechtspraak verschenen. Door een en ander is de omvang van dit werk zo toegenomen dat is besloten het boek in twee delen te splitsen. Dit is het eerste deel, dat is gewijd aan de algemene onderwerpen en dan ook de ondertitel 'Algemeen deel' draagt. Het is de bedoeling dat het tweede deel, dat is gewijd aan bijzondere onderwerpen en als ondertitel 'Bijzonder deel' zal hebben, in 2012 verschijnt.

De stof van dit deel komt overeen met de eerste twee hoofdstukken van de eerste druk. Toegevoegd zijn twee nieuwe hoofdstukken, over de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de andere rechters, waarin de bewerkte paragrafen 5 en 6 van de eerste druk zijn opgenomen, en over het procesrecht. Het tweede deel bevat een bewerking van de resterende hoofdstukken van de eerste druk. Ook aan dit deel worden enige nieuwe hoofdstukken toegevoegd.

In verband met zijn gevorderde leeftijd kon Van der Does helaas geen bijdrage leveren aan deze druk. De bewerking is dan ook uitsluitend van mijn hand. Gelet op het ingrijpende karakter ervan, berust ook de verantwoordelijkheid voor het eindresultaat ervan uitsluitend bij mij.

Opzet van dit boek is gebleven om een overzicht te bieden. Overeenkomstig deze opzet ligt de nadruk nog steeds op de relevante parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de hoogste rechters. Literatuur is voornamelijk aangehaald als vindplaats van nadere uiteenzettingen en gegevens.

Gelet op het onderwerp van dit boek is opnieuw getracht de inhoud ervan zo toegankelijk mogelijk te maken voor zowel civilisten als bestuursrechtjuristen. Bij zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke onderwerpen is daarom soms kort nader de betekenis ervan aangegeven. Ter bediening van beide groepen van juristen is voorts in de tekst van dit boek telkens de vindplaats van uitspraken vermeld in zowel de *NJ* als de *AB*, uiteraard voor zover de betrokken uitspraak in deze tijdschriften is gepubliceerd. Vermelding van vindplaatsen in andere jurisprudentietijdschriften is doorgaans achterwege gelaten.

De kopij is bijgewerkt tot medio augustus 2011. (...)

G. Snijders

Voorwoord bij dit tweede deel van de tweede druk

Het schrijven van dit tweede deel van de tweede druk van dit boek heeft meer tijd gekost dan bij het afronden van het eerste deel in 2011 voorzien. Enerzijds was de te verwerken stof meer omvangrijk dan gedacht, anderzijds bleken mijn hoofdbezigheden mij minder tijd te laten dan ingeschat. Daardoor verschijnt dit deel ruim drie jaar later dan in het voorwoord van het eerste deel aangekondigd.

Met betrekking tot de inhoud van dit deel zij in de eerste plaats verwezen naar de hierboven afgedrukte tekst uit het voorwoord van het eerste deel van deze druk, welk deel als ondertitel 'Algemeen deel' draagt. Ten opzichte van de eerste druk is ook dit tweede deel, dat de ondertitel 'Bijzonder deel' heeft, belangrijk uitgebreid en herzien. De hoofdstukken over het rechtspersonenrecht, vermogensrecht in het algemeen en andere verbintenissen uit de wet (hoofdstukken I, II en IX) zijn geheel nieuw. De andere hoofdstukken zijn op veel punten aangevuld en gewijzigd. Grote delen van de tekst zijn ook hier geheel nieuw.

De opzet van dit tweede deel is uiteraard dezelfde als die van het eerste deel. Ook dit deel beoogt een overzicht te bieden en ook in dit deel ligt de nadruk op de relevante parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de hoogste rechters,

en is literatuur voornamelijk aangehaald als vindplaats van nadere gegevens en beschouwingen. Ook nu weer is telkens de vindplaats van uitspraken vermeld in zowel de *NJ* als de *AB*.

De kopij is bijgewerkt tot eind september 2015. Gegevens van latere datum konden slechts in een incidenteel geval worden verwerkt.

G. Snijders

INHOUD

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XV

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XVII

HOOFDSTUK I

Rechtspersonenrecht / 1

- 1 Gebruik en gevolgen rechtspersoonlijkheid / 1
- 2 Gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen / 3
 - 2a Gebruik en mogelijkheid tot gebruik / 3
 - 2b Gebruik voor 'marktactiviteiten' / 5
 - 2c Wanneer gelijkstelling met overheid? / 6
 - 2d Oprichting en deelneming / 7
 - 2e Toekenning taken en bevoegdheden / 7
 - 2f Mogelijkheden tot sturing en toezicht / 8
- 3 Aansprakelijkheid en faillissement / 11
 - 3a Aansprakelijkheid voor rechtspersonen met overheidstaak / 11
 - 3b Aansprakelijkheid voor naleving Europees recht / 13
 - 3c Faillissement van rechtspersonen met overheidstaak / 14

HOOFDSTUK II

Vermogensrecht algemeen / 15

- 4 Rechtshandelingen / 15
- 5 Verkrijging en verlies van goederen / 16
 - 5a Gelding privaatrecht; cessie / 16
 - 5b Overdracht andere rechten uit besluit / 18
- 6 Rechtsvorderingen en verjaring / 19
 - 6a Rechtsvorderingen / 19
 - 6b Verjaring / 20
 - 6c Verjaring bestuursrechtelijke geldschulden / 22
 - 6d Verjaring als eerst vernietiging besluit nodig is / 24
 - 6e Verjaring vordering wegens strafrechtelijk optreden / 25

HOOFDSTUK III

Goederen van de overheid / 27

- 7 Gelding privaatrecht; publieke bestemming / 27
- 8 Openbare zaken / 28
 - 8a Gevolgen publieke bestemming / 28
 - 8b Instellen, reguleren en opheffen publieke bestemming / 29
 - 8c Uitoefening eigenaarsbevoegdheden; bedingen vergoeding / 30
- 9 Goederen bestemd voor de publieke dienst / 31

HOOFDSTUK IV

Vertegenwoordiging / 33

- 10 Vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuursorganen / 33
 - 10a Wettelijke regeling / 33
 - 10b Interne en externe werking / 34
 - 10c Ontbreken van begrotingspost / 35
- 11 Volmacht en mandaat / 35
 - 11a Overeenkomstige toepassing volmachtbepalingen / 35
 - 11b Overeenkomstige toepassing mandaatbepalingen / 37
 - 11c Besluit privaatrechtelijke rechtshandelingen / 38
- 12 Vertrouwensbescherming en bekrachtiging / 38
 - 12a Niet alleen vertrouwensbescherming bij volmacht / 38
 - 12b Toedoen en risico / 39
 - 12c Gerechtigdheid vertrouwen / 41
 - 12d Bekrachtiging / 41
- 13 Feitelijke handelingen / 42
 - 13a Wanneer is sprake van gedraging rechtspersoon? / 42
 - 13b Toerekening gedragingen en wetenschap / 43

HOOFDSTUK V

Overeenkomsten met de overheid / 45

- 14 Gelding BW en bevoegde rechter / 45
 - 14a De 'publiekrechtelijke' overeenkomst / 45
 - 14b Bevoegde rechter / 47
 - 14c De bevoegdhedenovereenkomst / 48
 - 14d Contractspartij bij bevoegdhedenovereenkomst / 49
 - 14e Bevoegde rechter bij bevoegdhedenovereenkomst / 49
- 15 Beperkingen / 51
 - 15a Wet en onaanvaardbare doorkruising / 51
 - 15b Bedingen vergoeding / 53
 - 15c Algemene normen / 55
 - 15d Contractsvrijheid / 56
 - 15e Feitelijke machtspositie / 57

16	Toezeggingen / 57
17	Soorten overeenkomsten / 59
	17a Beleidsovereenkomsten / 59
	17b Het fiscaal compromis / 59
	17c De concessie / 60
	17d De subsidieovereenkomst / 61
18	Het convenant / 62
	18a Het convenant / 62
	18b De Aanwijzingen voor convenanten / 62
19	Het precontractuele stadium / 63
	19a Algemeen / 63
	19b Instemming bevoegd orgaan met onderhandelingsresultaat / 64
20	Totstandkoming overeenkomst / 65
	20a Totstandkoming en wilsgebreken / 65
	20b Strijd met wet, goede zeden en openbare orde / 66
21	Toezeggingen in strijd met de wet / 67
22	Spontane vernietiging / 67
23	Nakoming / 69
	23a Rekening houden met betrokkenheid overheid / 69
	23b Onvoorziene omstandigheden / 69
	23c Nakoming soms niet vorderbaar / 70
	23d Niet-nakoming / 70

HOOFDSTUK VI

Onrechtmatige overheidsdaad / 71

24	Inleiding / 71
25	Bijzondere (onrechtmatigheids)normen voor de overheid / 72
	25a Geschreven en ongeschreven recht / 72
	25b Grond- en mensenrechten / 73
	25c Toezichthoudersaansprakelijkheid / 74
	25d Inlichtingen / 75
26	Andere vereisten voor aansprakelijkheid / 76
	26a Toerekenbaarheid / 76
	26b Relativiteit / 77
	26c Causaliteit, toerekening schade en eigen schuld / 79
27	Voorzieningen bij onrechtmatige daad / 80
	27a Schadevergoeding, verbod en bevel / 80
	27b Buitenwerkingstelling en bevel algemene regeling / 81
	27c Zwaarwegende maatschappelijke belangen / 81
28	Het onrechtmatige besluit / 82
	28a Bevoegde rechter / 82
	28b Onrechtmatigheid en toerekenbaarheid / 83
	28c Het ingetrokken of herroepen besluit / 84
	28d Onrechtmatigheid primaire besluit / 85

	28e	Vorbereidingshandelingen / 86
	28f	Te laat beslissen / 86
	28g	Jegens wie is het besluit onrechtmatig? / 87
	28h	Onrechtmatigheid begunstigend besluit jegens aanvrager / 88
	28i	Causaliteit, toerekening en schade / 89
	28j	Kosten rechtsbijstand bezwaar- en beroepsfase / 90
29		Onrechtmatige wetgeving / 91
	29a	Toetsing van wetgeving, onrechtmatigheid en bevoegde rechter / 91
	29b	Wetgeving in formele zin; het toetsingsverbod / 91
	29c	Toetsing aan internationaal recht / 92
	29d	Lagere wetgeving / 93
	29e	Wanneer rechterlijke voorziening? / 94
	29f	Onrechtmatigheid en toerekenbaarheid / 94
30		Onrechtmatige rechtspraak / 95
	30a	Maatstaf onrechtmatigheid / 95
	30b	Strijd uitspraak met EU-recht of EVRM / 96
	30c	Ander gerechtelijk handelen / 97
31		Aansprakelijkheid volgens EU-recht / 98
32		Organen, ondergeschikten en vertegenwoordigers / 98
	32a	Organen; persoonlijke aansprakelijkheid / 98
	32b	Betrokkenheid meerdere overheden / 99
	32c	Aansprakelijkheid voor ondergeschikten en vertegenwoordigers / 100
33		Bijzondere wettelijke aansprakelijkheden / 100
	33a	Aansprakelijkheid wegbeheerder / 100
	33b	Aansprakelijkheid voor andere bijzondere opstellen / 102
	33c	Aansprakelijkheid voor openbare registers / 102
	33d	Aansprakelijkheid voor notaris en deurwaarder / 103

HOOFDSTUK VII

Rechtmatige overheidsdaad / 105

34		Schadevergoeding bij rechtmatige daad / 105
	34a	In beginsel geen vergoedingsplicht / 105
	34b	Verschillende gronden voor vergoeding / 106
35		Onevenredige schade, égalitébeginsel en vertrouwensbeginsel / 107
	35a	Evenredigheidsbeginsel; bestuurs- of nadeelcompensatie / 107
	35b	Het égalitébeginsel / 108
	35c	Bevoegde rechter / 109
	35d	Regeling titel 4.5 Awb / 110
	35e	Uitwerking égalitébeginsel in rechtspraak / 111
	35f	Besluitmodel bij het égalitébeginsel; beoordelingsvrijheid? / 113
	35g	Criteria titel 4.5 Awb / 114
	35h	Het vertrouwensbeginsel / 114

- 36 Bijzondere regelingen / 115
 - 36a Volledige schadeloosstelling / 115
 - 36b Wettelijke nadeelcompensatie; art. 6.1 Wro / 115
 - 36c Buitenwettelijke regelingen / 116
- 37 Art. 1 Protocol 1 EVRM / 117
 - 37a Betekenis / 117
 - 37b Toepassing in Nederlandse rechtspraak / 118
- 38 Omvang compensatie / 119
- 39 Schadevergoeding bij rechtmatig strafrechtelijk optreden / 120
 - 39a Inleiding; égalitébeginsel van toepassing? / 120
 - 39b Aanspraak gewezen verdachte / 121
 - 39c Aanspraak derden / 123
- 40 Aansprakelijkheid voor rechtmatige 'gevaarzetting'? / 123
- 41 Rampschade / 124

HOOFDSTUK VIII

Onrechtmatige daadsvordering overheid / 127

- 42 Algemeen instrument; geen art. 6:162 BW-belang vereist / 127
- 43 Onaanvaardbare doorkruising / 128
 - 43a Gebruik als handhavingsinstrument / 128
 - 43b Vordering tot schadevergoeding; kostenverhaal / 129
- 44 Gebruik uitdrukkelijk toegestaan / 131
- 45 Aangetast belang / 132

HOOFDSTUK IX

Andere verbintenissen uit de wet / 133

- 46 Inleiding / 133
- 47 Onverschuldigde betaling / 133
- 48 Zaakwaarneming / 135
- 49 Ongerechtvaardigde verrijking / 136

Jurisprudentieregister / 139

Trefwoordenregister / 153

HOOFDSTUK I

Rechtspersonenrecht

1 Gebruik en gevolgen rechtspersoonlijkheid

Op de rechtspersoonlijkheid van de overheid werd al ingegaan in paragraaf 2 van het eerste deel van dit boek. In dit hoofdstuk gaat het over het instellen, oprichten en gebruiken van rechtspersonen door de overheid voor de vervulling van een deel van de overheidstaak. De overheid heeft in de praktijk veelvuldig behoefte aan zelfstandige entiteiten om bijzondere overheidstaken te vervullen. Daarvoor wordt nogal eens gebruikgemaakt van de mogelijkheid een rechtspersoon in te stellen of op te richten, hetzij bij wet of bij een daarop berustende regeling, hetzij overeenkomstig de regels van Boek 2 BW.

Zelfstandige entiteiten kunnen in de eerste plaats in het leven worden geroepen in een publiekrechtelijke regeling als een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Bij de Staat is de regeling van toepassing van de zelfstandig bestuursorganen (zbo's), die is neergelegd in de in 2007 in werking getreden Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en in de Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzingen 124a-124j, die dateren uit 1996 en herzien zijn in 2008). Een zbo is een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij of krachtens de wet met openbaar gezag is bekleed en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister (art. 1 Kaderwet zbo's). Omdat een zbo door zijn zelfstandigheid onttrokken is aan de normale ministeriële verantwoordelijkheid, eisen art. 3 Kaderwet zbo's en aanwijzing 124c een bijzondere rechtvaardiging voor het in het leven roepen ervan, te weten (a) dat er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid; (b) er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen (dus alleen uitvoering en geen beleid); of (c) participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht. Aan een zbo kan bij wet rechtspersoonlijkheid worden gegeven. Voorbeelden van zbo's zonder rechtspersoonlijkheid zijn de Kiesraad, het College ter beoordeling van de geneesmiddelen, de huurcommissies en de ACM (dit zijn alle zbo's van het type (a), die alle orgaan zijn van de Staat). Voorbeelden van zbo's met bij wet toegekende rechtspersoonlijkheid zijn het Commissariaat van de Media (type a), het COA, Staatsbosbeheer en het UWV (type b) en de Kamers van Koophandel (type c). Een voorbeeld van een zbo met een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid is de AFM (net als haar voorganger de STE een stichting).

Bij gemeentes kunnen commissies worden ingesteld aan wie bevoegdheden kunnen worden gedelegeerd van raad, burgemeester en het college van burgemeester en wethouders (art. 82-84, 156, 165 en 178 Gemeentewet). Eenzelfde regeling geldt bij de provincie (art. 80-82, 152 en 163 Provinciewet). Gemeentes, provincies en andere decentrale en functionele overheden missen de mogelijkheid om bij publiekrechtelijke regeling entiteiten met rechtspersoonlijkheid in te stellen. De wet geeft hen daartoe niet de mogelijkheid, buiten het bijzondere geval dat in samenwerking

met twee of meer gemeenten of provincies een openbaar lichaam in het leven wordt geroepen op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

Bij het vorenstaande gaat het om entiteiten die met enig openbaar gezag bekleed zijn, dat wil zeggen de bevoegdheid hebben om publiekrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Zowel de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen als de aanwijzingen voor de regelgeving hebben het oog op het begrip bestuursorgaan als bedoeld in art. 1:1 Awb. Zie wat betreft de Kaderwet zbo's *Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. 3, p. 22*. Naast bestuursorganen zijn er ook andere entiteiten die een deel van de overheidstaak vervullen. Bij de Staat valt te wijzen op de aparte diensten en dienstonderdelen die deel uitmaken van de ministeries, maar waarvoor op grond van art. 10 en 11 Comptabiliteitswet 2001 een afzonderlijk financieel beheer kan worden ingesteld, inclusief een eigen begroting (deze diensten worden ook wel aangeduid als agentschappen). In het verleden kon hierbij onder andere gedacht worden aan overheidsbedrijven (in een nog weer verder verleden kende deze een eigen wettelijke regeling). Thans valt bij die bedrijven te denken aan privaatrechtelijke rechtspersonen in handen van de overheid, voor zover geen volledige privatisering heeft plaatsgevonden van het betrokken bedrijf of de betrokken dienst, zoals het geval is bij de voormalige PTT en de voormalige Rijkspostspaarbank (beide zijn ooit begonnen als onderdelen van ministeries onder het rechtstreekse gezag van de minister). Op dit onderwerp wordt nader ingegaan in paragraaf 2b.

Gevolg van het hebben van rechtspersoonlijkheid is dat de betrokken entiteit rechtssubject is naar het privaatrecht, dus zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. Die rechten en verplichtingen vormen het vermogen van de entiteit als persoon. De betekenis van rechtspersoonlijkheid gaat echter nog verder. De betrokken entiteit wordt daardoor erkend als persoon, niet alleen in het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht, maar ook daarbuiten, zo vaak het recht gevolgen verbindt aan het hebben van rechtspersoonlijkheid. Rechtspersoonlijkheid geeft een eigen identiteit aan de betrokken entiteit (zij vormt niet, zoals een orgaan, slechts een onderdeel van een rechtspersoon).

Rechtspersoonlijkheid is om beide redenen aantrekkelijk voor entiteiten die zelfstandig een overheidstaak moeten uitvoeren. Hoewel zelfstandigheid, ook op financieel en vermogensrechtelijke vlak, en een herkenbare eigen identiteit ook door een daarop gerichte regeling te realiseren zijn als de entiteit een orgaan is van een publiekrechtelijke rechtspersoon, brengt rechtspersoonlijkheid beide meer eenvoudig en herkenbaar tot stand en accentueert zij beide. Het is dan ook begrijpelijk dat bij het in het leven roepen van de hier bedoelde organen al snel naar de toekenning van rechtspersoonlijkheid wordt gekeken. Omdat de uitoefening van een overheidstaak die gepaard gaat met de uitoefening van openbaar gezag, steeds zal moeten plaatsvinden onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid die de taak overdroeg, is de zelfstandigheid en eigen identiteit echter maar betrekkelijk. Steeds zal bij de instelling de invloed van en de verantwoording aan de overheid die de taak overdroeg, geregeld en verzekerd moeten zijn. Zie in dat verband wat betreft de zbo's een groot aantal bepalingen van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, aanwijzingen voor de regelgeving 124e en 124j en art. 43 e.v. en 91 Comptabiliteitswet 2001. Het betreft bepalingen met betrekking tot benoeming, ontslag en schorsing van het bestuur, goedkeuring van reglementen, tarieven, heffingen en begroting en het afleggen van verantwoording door jaarrekening en andere gegevens. In het geval een zbo zelf geen heffingen kan instellen of anderszins zelf substantiële inkomsten kan genereren, is het voorts ook afhankelijk van subsidie.

De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en de Aanwijzingen voor de regelgeving laten de beslissing over het in het leven roepen van rechtspersoonlijkheid van het zbo over aan de regelgever die het zbo instelt. De toelichting op aanwijzing voor de regelgeving 124d vermeldt niet veel meer dan dat rechtspersoonlijkheid dient te worden toegekend in verband met de civielrechtelijke gevolgen daarvan. Daarmee wordt dus de nadruk gelegd op de vermogensrecht-

telijke zelfstandigheid van de rechtspersoon. In wetgeving waarin zbo's rechtspersoonlijkheid wordt toegekend, wordt intussen vaak verwezen naar de gewenste zelfstandigheid als zodanig van het betrokken orgaan. Vergelijk Ten Berge en Zijlstra, *De publieke rechtspersoon in ontwikkeling*, Preadvies NJV 2000, p. 36-37 en 45-46.

Zie uitvoerig over zbo's en het gebruik van rechtspersoonlijkheid bij de overheid J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen*, dissertatie 1997, Goorden, Den Boer en Buijn, *Zbo's, verzelfstandiging en privatisering*, preadviezen VAR 1997, Ten Berge en Zijlstra, genoemd Preadvies NJV 2000, en Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, 5.3, 10.4 en 14.2.

Een belangrijk gevolg van het hebben van rechtspersoonlijkheid is dat een afzonderlijke en zelfstandige aansprakelijkheid bestaat. De rechtspersoon is zelf aansprakelijk voor zijn eigen handelingen en gedragingen, dat wil zeggen alle handelingen en gedragingen van zijn organen en functionarissen die als zodanig kunnen gelden (zie daarover nader hierna in paragraaf 13a).

Privatisering of verzelfstandiging met instelling of oprichting van een rechtspersoon aan wie de betrokken taak wordt opgedragen, heeft dus tot gevolg dat het overheidslichaam dat hiertoe overgaat, zelf niet meer aansprakelijk is voor het betrokken handelen omdat dit handelen niet langer te gelden heeft als zijn eigen handelen, maar als het handelen van de ingestelde of opgerichte rechtspersoon. Het overheidslichaam kan eventueel wel uit andere hoofde aansprakelijk zijn voor de ingestelde of opgerichte rechtspersoon. Zie nader over dit onderwerp hierna in paragraaf 3a.

2 Gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen

2a Gebruik en mogelijkheid tot gebruik

Net als iedere andere persoon kan de overheid privaatrechtelijke rechtspersonen oprichten en daarin deelnemen. De overheid maakt relatief veel gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen. Dat betreft zowel de uitoefening van openbaar gezag – dus de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden – als de uitvoering van andere taken. Met name op het eerste bestaat de nodige kritiek in verband met het feit dat de privaatrechtelijke rechtsvorm minder geëigend is voor bestuur. De in publiekrechtelijke wetgeving opgenomen regels en waarborgen voor behoorlijk bestuur zijn als zodanig niet van toepassing op een privaatrechtelijke rechtspersoon en de privaatrechtelijke rechtsvorm past niet goed bij het uitoefenen van openbaar gezag, zowel inhoudelijk niet, als wat betreft de herkenbaarheid van het bestuur. Er bestaat dan ook een aantal regels die de mogelijkheid om gebruik te maken van de privaatrechtelijke rechtsvorm belangrijk beperken. Desalniettemin bestaan er veel privaatrechtelijke rechtspersonen die een overheidstaak uitvoeren.

In verband met de bezwaren die verbonden zijn aan het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm, bevat art. 4 lid 1 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen het voorschrift dat een zbo onderdeel dient te zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het gebruik van een privaatrechtelijke rechtspersoon voor een zbo is volgens art. 4 lid 2 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen uitsluitend toegestaan in het uitzonderingsgeval dat (i) dit gebruik bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang; (ii) er voldoende waarborgen zijn dat de bestuurstaak onafhankelijk van de andere werkzaamheden van de betrokken organisatie kan worden uitgeoefend; en (iii) dat gebruik bij of krachtens de wet plaatsvindt. Hierbij valt met name te

denken aan bestaande particuliere bedrijven en instellingen met bijzondere expertise op het gebied van bijvoorbeeld keuringen, zoals garagebedrijven die APK-keuringen verrichten (hetgeen ingevolge art. 83 Wegenverkeerswet 1994 de uitoefening van een publiekrechtelijk bevoegdheid betreft). De oude aanwijzing 124b lid 5 schreef voorts voor dat geen privaatrechtelijke organisaties worden opgericht met het oogmerk daaraan openbaar gezag toe te kennen. Thans bepaalt aanwijzing 124b lid 2 dat de toekenning van openbaar gezag in beginsel plaatsvindt bij wet in formele zin. Al deze voorschriften vormen een reactie op een vrij ruim gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm in het verleden. Overigens moeten in de oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat steeds de Staten-Generaal gekend worden. Zie daarover hierna in paragraaf 2d.

Ondanks al deze voorschriften zijn er nog altijd de nodige zbo's met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, de AFM, de stichting Leenrecht, de Nederlandse Publieke Omroep (eveneens een stichting) en een groot aantal stichtingen die zich bezighouden met de verdeling van subsidiegelden en het stimuleren van maatschappelijke activiteiten die van overheidswege wenselijk worden geacht. Dat is in overeenstemming met het regeringsbeleid. In reactie op de kritiek die is geuit op met name het ruime gebruik van stichtingen voor de uitvoering van de overheidstaak, onder andere in het rapport "Een herkenbare staat: investeren in de overheid" dat in 2004 is uitgebracht door de werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau, heeft het kabinet in 2006 als zogenaamd beleidskader geformuleerd dat de Staat in beginsel geen betrokkenheid moet hebben bij het oprichten van stichtingen. Als er al een relatie is van de overheid met een stichting, dan zou deze in beginsel beperkt moeten blijven tot het verstrekken van een subsidie. Uitzonderingen blijven echter mogelijk en er vindt bovendien geen heroverweging plaats van de bestaande situatie. Ook nadien hebben evaluaties plaatsgevonden, die evenwel niet tot een verandering van de bestaande situatie hebben geleid. Zie onder meer *Kamerstukken II* 2004/05, 2006/07, 2013/14, 25 268, nr. 20, 42, 79 en 83.

Het vorenstaande laat gelijk de oorzaak zien van de ontstane situatie: er staat geen sanctie op niet-naleving van de regels die het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen beogen te beperken. Zie daarover ook hierna in paragraaf 2d.

Provincies en gemeenten mogen volgens art. 158 Provinciewet, respectievelijk art. 160 Gemeentewet slechts privaatrechtelijke rechtspersonen oprichten en daarin deelnemen indien dit bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Desalniettemin komen met name juist bij de decentrale overheden veel privaatrechtelijke rechtspersonen voor met een overheidstaak. Dat is niet verwonderlijk. Deze overheden missen, zoals hiervoor opgemerkt, de mogelijkheid een publiekrechtelijk rechtspersoon in het leven te roepen. Zij zullen dus wel moeten grijpen naar de privaatrechtelijke rechtsvorm als zij behoefte hebben aan taakoverdracht aan of taakuitvoering door een afzonderlijke rechtspersoon. Zie uitvoerig over het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen in het in opdracht van het Ministerie van Justitie uitgebrachte rapport "Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden", bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 50.

Als voordelen van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen worden gezien (i) dat daarmee meer zelfstandigheid bestaat – de uitvoering van de betrokken taak wordt meer op afstand gezet van de publiekrechtelijke overheidsorganisatie – (ii) dat oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen in de regel veel makkelijker en sneller te regelen zijn dan het instellen van een publiekrechtelijke rechtspersoon – wat, als gezegd, bij wet of een daarop berustende regeling moet gebeuren en bij de decentrale overheden daarom in het geheel niet mogelijk is – en (iii) dat in een privaatrechtelijke rechtspersoon makkelijker valt samen te werken met particulieren.

Zie onder meer Ten Berge, Zijlstra, Timmerman en Buijn, *Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken*, Preadvies NJV 2000, p. 250-257, K. Schrotten, *De overheidsstichting op het niveau van*

de centrale overheid, dissertatie 2000, paragraaf 4.3, en Zijlstra, *De grenzen van de overheid*, preadvies VAR 2008, p. 79/80, die er terecht op wijzen dat op het argument achter (i) het nodige valt af te dingen, omdat, zoals in de voorgaande paragraaf al aan de orde kwam, de overheid die een deel van haar taak laat uitvoeren door een andere rechtspersoon, steeds zal moeten zorgen dat zij voldoende toezicht en invloed op die uitvoering kan uitoefenen, nu zij daarvoor, in het stelsel van democratische controle, de politieke eindverantwoordelijkheid draagt. Dit vormt tegelijk echter ook de keerzijde van dit bezwaar. De invloed en controle van de overheid is in verband hiermee vaak zodanig geregeld dat het met dit bezwaar wel meevalt. Zie hierover ook hierna in paragraaf 2f.

Tegen het argument achter (ii) valt weinig in te brengen. Bepleit wordt dan ook om bij wet een algemene mogelijkheid in te voeren, ook voor de decentrale overheden, om simpel en snel een publiekrechtelijke rechtspersoon in te stellen. Zie voor een uitgewerkt voorstel Scheltema en Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, paragraaf 3.7, die verregaand willen aansluiten bij de regeling van de stichting in Boek 2 BW. Zie ook in deze zin wat betreft de centrale overheid het hiervoor genoemde rapport "Een herkenbare staat: investeren in de overheid".

De validiteit van het argument achter (iii) wordt, zoals hiervoor bleek, in alle regelgeving op het onderhavige stuk erkend. Publiekrechtelijk bestaan hier ook mogelijkheden – de meest vergaande is wellicht die van de publiekrechtelijke beroeps- en bedrijfsorganisatie (art. 134 Grondwet) – maar ook hier geldt dat de privaatrechtelijke rechtsvorm makkelijker en sneller toepasbaar is en (daardoor) door particuliere organisaties en instellingen nogal eens aantrekkelijker wordt gevonden, daargelaten het hiervoor al genoemde geval dat het oogmerk van de uitbesteding van de overheidstaak is om te profiteren van de expertise die in de particuliere sector bestaat.

2b Gebruik voor 'marktactiviteiten'

Hiernaast komt het gebruik van de privaatrechtelijk rechtsvorm voor in verband met activiteiten die ook door particuliere bedrijven of instellingen zouden kunnen worden verricht, maar waarvan de wetgever of het bestuur het in het algemeen belang heeft geoordeeld dat de overheid ervoor zorgt dat deze plaatsvinden of dat deze op bepaalde voorwaarden plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat het particulier initiatief daarin niet of onvoldoende voorziet of kan voorzien.

Hierbij kan gedacht worden aan de aanleg, het beheer en de exploitatie van infrastructuur. Er bestaat weinig bezwaar tegen dat dit soort activiteiten, indien de overheid oordeelt dat het in het algemeen belang is dat deze vanwege de overheid plaatsvinden, worden ondergebracht bij een privaatrechtelijke rechtspersoon, waarin de overheid bijvoorbeeld als aandeelhouder het beleid (mede) kan bepalen. Bekende voorbeelden zijn de Nederlandse Spoorwegen N.V., N.V. Luchthaven Schiphol, N.V. Nederlandse Gasunie, TenneT Holding B.V. en Havenbedrijf Rotterdam N.V., waarvan (de meerderheid van) de aandelen in handen van de overheid zijn. Dit is dan ook het bestaande beleid bij de rijksoverheid. Zie de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid van december 2007, *Kamerstukken II 2007/08*, 28 165, nr. 69. In dit verband kan ook worden gewezen op de nutsbedrijven die ten dele nog in handen van de overheid zijn. Overigens zijn onder invloed van het EU-recht de gevallen afgenomen waarin de overheid op deze wijze voorziet in activiteiten die ook door marktpartijen kunnen worden verricht. Veel diensten en bedrijven die de overheid voorheen onderhield, zijn inmiddels geprivatiseerd. In het in 2011 tot stand gekomen hoofdstuk 4B Overheden en overheidsbedrijven van de Mededingingswet (art. 25g-25m Mededingingswet) en het daarop berustende Besluit Markt en Overheid worden regels gesteld die onder andere beogen om te bewerkstelligen dat waar bedrijven in handen van de overheid in concurrentie treden met de particuliere sector een zogenaamd gelijk speelveld bestaat (vaak aangeduid als 'a level playing ground', dus eerlijke verhoudingen). Die regels gelden overigens in beginsel voor alle economische activiteiten van overheidswege, dus ook als deze door (al dan niet zelfstandige organen van) publiekrechtelijke rechtspersonen plaatsvinden. Vergelijk in dit verband ook art. 106 Verdrag

betreffende de werking van de Europese Unie en de daar geformuleerde uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang.

2c *Wanneer gelijkstelling met overheid?*

In paragraaf 2d van het eerste deel van dit boek kwam al de vraag aan de orde wanneer privaatrechtelijke rechtspersonen met een overheidstaak gelijk te stellen zijn met de overheid en daarop dus de algemene regels van toepassing zijn die in het overheidsprivaatrecht gelden voor de overheid, zoals de normen die besproken zijn in hoofdstuk III van het eerste deel van dit boek en die welke voortvloeien uit grondrechten.

In aanvulling op hetgeen is vermeld in die paragraaf, kan worden opgemerkt dat het natuurlijk minder voor de hand ligt om overheidsbedrijven die min of meer op afstand van de overheid zijn geplaatst, zoals de hiervoor bedoelde bedrijven, die geheel of gedeeltelijk bestaan als gewone particuliere bedrijven, nog als overheid aan te merken. Desalniettemin is ook dit onder omstandigheden niet uitgesloten. Zoals betoogd in paragraaf 2d van het eerste deel, zijn de context en de omstandigheden steeds beslissend te achten, terwijl ook valt te denken aan doorwerking van genoemde normen en rechten via de open normen die het privaatrecht kent. Uit HR 4 april 2003, NJ 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/Conformed*) valt, anders dan soms wel wordt gemeend, geen andere opvatting of benadering af te leiden. In deze zaak ging het slechts om de vraag of een ziekenfonds (een privaatrechtelijke rechtspersoon waarvan het beleid niet wordt bepaald door de overheid) bij het inkopen van medische hulpmiddelen gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die vraag werd door de Hoge Raad ontkennend beantwoord omdat (i) het ziekenfonds bij die inkoop niet optreedt als bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb; en (ii) de Hoge Raad de enkele omstandigheden dat (a) ziekenfondsen voorzien in behoeften van algemeen belang en (b) in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd; onvoldoende achtte voor een gelijkstelling met de overheid in deze context voor wat betreft het toepasselijk zijn van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Tot datzelfde resultaat had de Hoge Raad kunnen komen langs de weg van de restrictie op de toepasselijkheid van die beginselen die de wetgever voor ogen stond bij de totstandkoming van art. 3:1 lid 2 Awb, waarover paragraaf 6b van het eerste deel van dit boek.

Als een privaatrechtelijke rechtspersoon gelijk te stellen valt met de overheid kan het gebruik van privaatrechtelijke middelen door die rechtspersoon bij de uitvoering van haar taak eventueel een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleveren.

Dit was aan de orde in HR 28 februari 1997, NJ 1999/732, m.nt. M. Scheltema, AB 1997/314, m.nt. Th.G. Drupsteen (*SKV/B*), HR 10 december 1999, NJ 2000/8 (*SKV/Kalvermesterij B&Zn*) en HR 20 december 2002, NJ 2004/450, m.nt. M. Scheltema, AB 2003/344, m.nt. F.J. van Ommeren (*Van der Walle/SKV*). Daarin ging het om een stichting, het SKV, die het Productschap voor vee en vlees had opgericht om het verbod van het gebruik van hormonen bij het vetmesten van kalveren privaatrechtelijk te handhaven door middel van een stelsel van aansluitovereenkomsten en reglementen. Overtreding van dat verbod levert ook een economisch delict op. Omdat art. 5 Wet op de economische delicten bepaalt dat terzake van economische delicten geen andere sancties kunnen worden opgelegd dan in die wet voorzien, oordeelde de Hoge Raad dat de privaatrechtelijke handhaving middels de SKV niet toelaatbaar was (zie over deze arresten ook paragraaf 5h van het eerste deel van dit boek en hierna in paragraaf 3a).

2d Oprichting en deelneming

De oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid wordt als zodanig beheerst door de regels van Boek 2 BW. Naast de hiervoor in paragraaf 2a genoemde regels, gelden daarbij soms bijzondere regels.

Ten aanzien van de Staat schrijft art. 34 Comptabiliteitswet 2001 steeds een zogeheten voorhang-procedure voor in het geval van oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon (voorheen was zelfs machtiging bij wet voorgeschreven). Die procedure houdt in dat de Staten-Generaal moet worden geïnformeerd over het voornemen tot oprichting van een rechtspersoon en eerst een periode van 30 dagen moet worden gegeven voor het vragen van nadere inlichtingen. Desgewenst zal de Staten-Generaal de gelegenheid moeten worden gegeven een machtigingswet te verlangen. Dezelfde regels gelden in beginsel volgens het artikel voor deelnemingen boven 5% van het aandelenkapitaal in een naamloze of besloten vennootschap. Voor oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon dient volgens het artikel steeds ook voorafgaand overleg plaats te vinden met de Algemene Rekenkamer (vgl. ook art. 96 lid 2 Comptabiliteitswet 2001, dat betrekking heeft op de eventueel door de Algemene Rekenkamer ten aanzien van de rechtspersoon uit te oefenen controle). Niet-naleving van deze voorschriften tast volgens art. 36 Comptabiliteitswet 2001 echter niet de geldigheid van (het besluit tot) de oprichting c.q. deelneming aan.

Voor de provincie en de gemeente geldt dat ingevolge het al genoemde art. 158 Provinciewet, respectievelijk art. 160 Gemeentewet provinciale staten respectievelijk de gemeenteraad moeten worden gekend in de oprichting van en deelneming in een rechtspersoon. Provincie en gemeente behoeven bovendien de goedkeuring van minister respectievelijk gedeputeerde staten, welke goedkeuring echter slechts geweigerd kan worden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. In de praktijk blijkt dit overleg- en goedkeuringsvereiste nagenoeg nooit een probleem. Zie het hiervoor in paragraaf 2a genoemde rapport "Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden", bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07, 29 279*, nr. 50, waarin in verband hiermee wordt bepleit de eveneens in die paragraaf genoemde norm van art. 158 Provinciewet en art. 160 Gemeentewet te versoepelen teneinde deze in overeenstemming met de feitelijke praktijk te brengen bij provincies en gemeenten.

Gebreken in de besluitvorming leiden niet tot nietigheid van de opgerichte rechtspersoon en niet zonder meer tot nietigheid van een deelneming. Uit het stelsel van art. 2:4 en 2:21 BW volgt dat dit soort gebreken bij de oprichting slechts tot ontbinding van de rechtspersoon door de rechter kunnen leiden, nadat deze eerst een termijn voor herstel heeft gegeven, terwijl uit art. 3:57 en 3:58 BW volgt dat bij dit soort gebreken eventueel ook achteraf nog de vereiste toestemming kan worden verkregen.

2e Toekenning taken en bevoegdheden

Toekenning van taken en bevoegdheden aan een privaatrechtelijke rechtspersoon kan op verschillende manieren plaatsvinden. De toekenning van eigen publiekrechtelijke bevoegdheden zal steeds bij of krachtens de wet moeten plaatsvinden. Taken kunnen ook worden toebedeeld in de statuten, bij overeenkomst of bij besluit.

Toekenning van eigen publiekrechtelijke bevoegdheden kan plaatsvinden door *attributie*, dus rechtstreeks bij wet aan de betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon. Dit komt bijvoorbeeld voor bij de bijzondere universiteiten en in het al genoemde geval van de APK-keuringen, in het laatste geval via de tussenstap van een erkenning.

Toekenning van eigen bevoegdheden is voorts mogelijk door *delegatie*. Delegatie is slechts mogelijk indien de wet dit toelaat (art. 10:15 Awb). Bij de decentrale overheden ontbreekt hiertoe een algemene mogelijkheid. Delegatie is bij die overheden alleen mogelijk aan de in de organieke wetten genoemde organen (gesproken wordt in dit verband van een gesloten stelsel van bevoegd-

heidsverdeling). Vergelijk PG Awb III, p. 460. Privaatrechtelijke rechtspersonen worden in dit verband niet genoemd in de organieke wetten. Delegatie aan privaatrechtelijke rechtspersonen is dus niet mogelijk bij deze overheden, tenzij een bijzondere wet daarin voorziet. Sinds de inwerkingtreding van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen geldt hetzelfde voor de centrale overheid. Het hiervoor al genoemde art. 4 lid 2 van die wet bepaalt dat openbaar gezag (dus publiekrechtelijke bevoegdheden) alleen bij of krachtens wet wordt toegekend aan een privaatrechtelijke rechtspersoon. Deze regel laat vermoedelijk onverlet dat indien de facto sprake is van openbaar gezag doordat een stichting op aanwijzing of overeenkomstig de aanwijzingen van de overheid subsidiegelden verdeelt, de bestuursrechtspraak openbaar gezag kan aannemen, ook al bestaat er geen delegatiebevoegdheid. Zie voor de op dit punt bestaande rechtspraak paragraaf 2d van het eerste deel van dit boek, waaraan toe te voegen ABRvS 17 september 2014 en 17 december 2014, AB 2015/129-131, m.nt. Hans Peters.

Toekenning van bevoegdheden kan tot slot ook plaatsvinden door middel van *mandaat*. Een nadere wettelijke grondslag is daarvoor niet vereist. Mandaat betreft evenwel slechts een vorm van vertegenwoordiging. De gemandateerde bevoegdheid wordt namens de mandaatgever uitgeoefend en treft (dus) de mandaatgever in zijn gevolgen (art. 10:1 en 2 Awb). Voor mandaat aan een niet-ondergeschikte is volgens art. 10:4 Awb vereist dat deze laatste instemt met het mandaat. De wetgever heeft hierbij gedacht aan een afspraak of overeenkomst waarin de gemandateerde zich onderwerpt aan de regels die gelden voor het gebruik van het mandaat. Zie PG Awb III, p. 443/444. Voor het in het leven roepen van een zelfstandig orgaan is het mandaat dus veelal niet geschikt.

Overigens zal de aard van de betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon en de (statutaire) inrichting daarvan wel geschikt moeten zijn voor de uitoefening van de betrokken publiekrechtelijke bevoegdheid.

Toedeling van taken is op meerdere manieren mogelijk. Dit kan bij wet, overeenkomst en besluit. In het geval van besluit kan dit hetzij als een onderdeel van het besluit zelf, hetzij als een voorwaarde bij het besluit. De mogelijkheid om de taak reeds bij de statuten toe te delen zijn vrij ruim. De statuten van privaatrechtelijke rechtspersonen dienen steeds een doelomschrijving te bevatten. De door de overheid op te dragen of gewenste taak tot behartiging van een algemeen belang kan daarin worden opgenomen. Met name de stichting is in dit verband bepaald geschikt en mag zich dan ook, zoals hiervoor al bleek, in een grote populariteit verheugen bij de overheid. De stichting is volgens art. 2:285 lid 1 BW een rechtspersoon die met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel beoogt te verwezenlijken. Dat kan en mag dus het doel zijn dat de overheid met de stichting wil verwezenlijken. Ook de activiteit van een naamloze of besloten vennootschap kan echter dienstbaar worden gemaakt aan een in de statuten opgenomen doel dat door de overheid is geformuleerd. Zie hierover ook de volgende paragraaf.

2f *Mogelijkheden tot sturing en toezicht*

Indien een privaatrechtelijke rechtspersoon een overheidstaak uitvoert, zal de overheid die de taak bij die rechtspersoon heeft ondergebracht, de mogelijkheid willen hebben om invloed en toezicht uit te oefenen op de uitvoering daarvan. Zij draagt immers de eindverantwoordelijkheid daarvoor jegens de vertegenwoordigende organen. De mogelijkheden zijn ook hier legio, maar de overheid heeft wel te maken met de beperkingen die de rechtspersoonlijkheid van de betrokken rechtspersoon (naamloze of besloten vennootschap dan wel stichting) en de regels van Boek 2 BW meebrengen. Het bestuur van de rechtspersoon komt toe aan de bestuurders daarvan en deze hebben zich te richten naar het belang van de rechtspersoon. De privaatrechtelijke rechtspersoon kan dus niet geheel ondergeschikt en volstrekt dienstbaar gemaakt worden aan de overheid.

(i) De naamloze en de besloten vennootschap

De naamloze en de besloten vennootschap zijn beide gericht op het aantrekken van kapitaal tegen aandelen om activiteiten mee te ondernemen. Deze rechtsvorm is dan ook typisch geschikt (en bedoeld) voor een onderneming die kapitaal behoeft, waarbij de kapitaalverschaffers als aandeelhouders betrokken blijven. Het besturen van de vennootschap is bij beide vennootschapsvormen een bevoegdheid van het daartoe aangestelde bestuur. De vergadering van aandeelhouders heeft in elk geval de bevoegdheid om een aantal voor de vennootschap belangrijke besluiten van het bestuur goed te keuren. De vergadering kunnen in de statuten meer bevoegdheden gegeven of gelaten worden, maar deze bevoegdheden kunnen wat betreft het eigenlijke bestuur van de vennootschap niet verdergaan dan de bevoegdheid om algemene aanwijzingen te geven aan het bestuur en om bepaalde besluiten goed te keuren (art. 2:129 lid 3 en 4 en art. 2:239 lid 3 en 4 BW). Dat is anders als sprake is van een concern – in welk geval de statuten van de dochtervennootschappen de bevoegdheid aan de moedervenootschap kunnen geven om het bestuur van de dochtervennootschap ook te instrueren in individuele gevallen, – maar dan is sprake van een economische eenheid, die voor die instructiebevoegdheid een rechtvaardiging oplevert. Van een dergelijke eenheid is bij een door de overheid gehouden vennootschap geen sprake. Een instructie- of aanwijzingsbevoegdheid voor derden is bij de naamloze en de besloten vennootschap niet mogelijk (zie art. 2:129 lid 3 en art. 2:239 lid 3 BW). Overigens zal het bestuur van de vennootschap zich steeds moeten richten naar het vennootschappelijke belang, dus het belang van de vennootschap zelf. Hetzelfde geldt voor de eventueel bij de vennootschap ingestelde raad van commissarissen. Ook deze moet zich richten naar het belang van de vennootschap. Hetzelfde geldt voor de individuele commissarissen. Vandaar dat de figuur van de van overheidswege aangestelde commissaris – waarvan de gedachte destijds was dat deze als zodanig ten behoeve van de overheid toezicht zou houden op het bestuur – weer is afgeschaft.

Het vorenstaande betekent dat een vennootschap en haar bestuur steeds een behoorlijke mate van autonomie ten opzichte van de overheid zullen moeten houden, ook indien deze laatste alle aandelen in de vennootschap houdt, en zich dus niet steeds zullen kunnen voegen naar het algemeen belang, ook niet indien de dienstbaarheid aan het door de vennootschap te behartigen algemene belang in het statutaire doel ervan is opgenomen. Ook in dat geval zal immers in de gegeven context het vennootschappelijk belang kunnen verschillen van het algemene belang. Dat geldt eens te meer voor het oordeel terzake van het bestuur en het oordeel terzake van het betrokken bestuursorgaan. Overigens zal de overheid als aandeelhouder – die als zodanig in beginsel steeds zijn eigen belang (en dus het betrokken algemene belang) mag behartigen – ook rekening hebben te houden met het belang van de rechtspersoon. Hiernaast is zij als aandeelhouder gebonden aan de intern in de rechtspersoon geldende norm van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. De overheid dient dus alleen voor de rechtsvorm van de vennootschap te kiezen als genoemde autonomie geen bezwaar vormt of juist gewenst wordt. Wil de overheid dat een verdergaande inlichtingenplicht van de vennootschap bestaat dan geldt jegens de aandeelhouders, dan zal deze moeten worden opgelegd in een publiekrechtelijke regeling of in een eventueel te sluiten concessieovereenkomst. Het is namelijk voor discussie vatbaar, gelet opnieuw op de autonomie van de rechtspersoon en het bestuur, of de statuten hierin kunnen voorzien. Wel is het mogelijk om bijvoorbeeld in de statuten te bepalen dat alleen publiekrechtelijke rechtspersonen aandeelhouders mogen zijn. Vergelijk HR 21 januari 2011, NJ 2011/97, m.nt. M.R. Mok.

Gelet op het vorenstaande zou de overheid alleen voor de vennootschapsvorm moeten kiezen als zij wil verzekeren dat een bepaalde bedrijfsactiviteit plaatsvindt op bepaalde voorwaarden, maar het beleid en bestuur van en over die activiteit voor het overige wil verzelfstandigen. De wenselijke voorwaarden kan zij bepalen als aandeelhouder of concessieverlener dan wel door publiekrechtelijk regelgeving, terwijl de daadwerkelijke bedrijfsvoering bij het bestuur berust.

Dit gebruik van de vennootschap is ook het beleid dat de rijksoverheid feitelijk voert op dit punt. Zie laatstelijk de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid van december 2007, *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69.

Een ander denkbaar gebruik, waarvoor in het verleden de vennootschapsvorm veel is gebruikt, is de oprichting van een vennootschap als een opmaat naar privatisering van de betrokken

activiteit. Door de gemakkelijke verhandelbaarheid van met name de aandelen in een naamloze vennootschap kan een bedrijf langs deze weg gemakkelijk worden afgestoten, waarbij de overheid betaling voor de waarde ervan ontvangt. Vergelijk genoemde nota. In het verleden is dit gebeurd bij de voormalige PTT en Postbank.

(ii) *De stichting*

De stichting biedt meer mogelijkheden voor gebruik voor overheidstaken en voor overheidsinvloed en -controle. De stichting is, zoals hiervoor opgemerkt, als rechtsvorm gericht op de verwezenlijking van een bepaald doel, dat in de statuten is vastgelegd. Dat doel kan de behartiging van een algemeen belang betreffen. De statuten kunnen hierover nadere regels bevatten. Het eigen belang en het te behartigen algemene belang kunnen bij de stichting dus geheel samenvallen. Anders dan bij de naamloze en besloten vennootschap is het mogelijk om in de statuten van een stichting te bepalen dat het bestuur van de stichting voor bepaalde besluiten de goedkeuring van derden nodig heeft en dat het bestuur eventueel de aanwijzingen van derden zal moeten opvolgen. Vergaande invloed van de overheid op het bestuur van de stichting is dus mogelijk, zij het dat deze invloed op grond van art. 2:292 BW in beginsel geen externe werking heeft (het bestuur is volgens dit artikel in beginsel onvoorwaardelijk en onbeperkt bevoegd de stichting te vertegenwoordigen; zijn externe beperkingen wenselijk dan zal dus een publiekrechtelijke regeling in het leven moeten worden geroepen). Bovendien kan in de statuten van de stichting worden vastgelegd dat de overheid het recht heeft het bestuur te benoemen (bij de naamloze en besloten vennootschap komt deze bevoegdheid in beginsel toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders en zal de overheid dus de meerderheid van de aandelen moeten houden; zie art. 2:132 lid 1 en art. 2:242 lid 1 BW; eventueel kunnen de statuten deze bevoegdheid geven aan de raad van commissarissen als de vennootschap deze heeft).

Om vorenstaande redenen heeft de rechtsvorm van de stichting zich van begin af aan in een grote populariteit mogen verheugen bij de overheid als het gaat om het zelfstandig uitvoeren van taken. De stichtingsvorm is hiervoor bij uitstek geschikt. Anders dan bij de naamloze en besloten vennootschap is het bij de stichting ook mogelijk om in de statuten een inlichtingenplicht jegens de overheid op te nemen. Eventueel kan dit ook geregeld worden in de voorwaarden voor de financiering van de stichting, die veelal door de overheid plaatsvindt. Voorts kan bij de stichting een raad van toezicht worden ingesteld die toezicht houdt op het bestuur en waarvan de leden worden benoemd en ontslagen door de overheid. Kortom: de stichting kan in vergaande mate worden gebezigd als een vehikel van de overheid.

Ook voor de stichting geldt echter dat de bestuursbevoegdheid bij het bestuur van de rechtspersoon berust en dat het bestuur zich in de eerste plaats heeft te richten naar het belang van de rechtspersoon. De statuten kunnen ook bij de stichting niet anders bepalen op dit punt. Ook bij de stichting heeft de overheid dus te rekenen met de autonomie van het bestuur en de rechtspersoon en komt het gebruik ervan dus niet in aanmerking indien die autonomie te zeer een bezwaar oplevert. Zoals hiervoor in paragraaf 2a aan de orde kwam, worden volgens het huidige beleid in beginsel geen stichtingen opgericht door de Staat.

Zie uitvoerig over de mogelijkheden die bij vennootschappen en de stichting bestaan in het onderhavige verband C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*, dissertatie 1994, p. 181-265, A.A. van Rossum, *Het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen (n.v. of b.v.) in het kader van privatisering*, *RMThemis* 1997, p. 83-99, Maeijer, *Privatisering*, afscheidsrede 1997, F.K. Buijn, *preadvies VAR* 1997, p. 251-265, Ten Berge, Zijlstra, Timmerman en Buijn, *preadvies NJV* 2000, p. 251-255, K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, dissertatie 2000, Scheltema en Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, paragraaf 3.4.3, en J. Nijland, *De overheidsonderneming, overheidsinvloed op kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, dissertatie 2013.