

Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen

*Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen
op de grens van publiek- en privaatrecht*

Mr. P.J. Huisman
Prof. mr. F.J. van Ommeren

 Wolters Kluwer

Deventer – 2019

VOORWOORD

De grens tussen publiek- en privaatrecht is voortdurend aan verandering onderhevig en vormt een spannend onderwerp van juridisch onderzoek en onderwijs. De bestudering van dit grensgebied levert een boeiend beeld op van wat de overheid allemaal vermag. In onze samenleving treedt de overheid van oudsher zowel op in het publiekrecht als in het privaatrecht. De overheid verricht als publiekrechtelijke instelling privaatrechtelijke rechtshandelingen en zij kan zelf de gedaante aannemen van een privaatrechtelijke rechtspersoon. In dit boek komen beide aan de orde. Het geeft aldus een overzicht van de belangrijkste thema's op het terrein van het privaatrechtelijk overheidshandelen. Ook de van oorsprong op de grens gesitueerde maatschappelijke organisaties ontbreken uiteraard niet. Dit alles biedt tevens een gedegen basis om vanuit de historisch gegroeide achtergrond een blik op de toekomst van het privaatrechtelijk overheidshandelen te werpen, waarbij kort wordt ingegaan op nationale, Unierechtelijke en mondiale ontwikkelingen.

Het was een groot genoegen het manuscript van dit boek alvast in het (master)-onderwijs te mogen gebruiken. Daarnaast hebben wij bepaalde hoofdstukken onderhands ter beschikking gesteld ten behoeve van het onderwijs aan andere juridische faculteiten. De VU-studenten van vakken als "Overheid & Privaatrecht" en "Overheidsrechtspersonenrecht" zijn dan ook met de meeste hoofdstukken van dit boek al vertrouwd. Zij hebben de mogelijkheid gehad om bij de *gereaderde* concept-hoofdstukken opmerkingen te plaatsen. Uiteraard hebben wij daarmee bij de afronding van dit boek ons voordeel gedaan.

Enkele onderdelen van dit boek hebben als voorpublicatie reeds eerder het daglicht gezien. Ter verantwoording zijn ze hier uitdrukkelijk vermeld:

- F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht', *AA* 2012, p. 562-572.
- P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bijzondere positie van de overheid in het Nederlands privaatrecht', in: D. Asser (red.), *Overheidscontracten*, Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2015, Den Haag: Bju 2015, p. 83-142.
- P.J. Huisman, 'Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I)', *WPNR* 2018, nr. 7181, p. 141-151.
- P.J. Huisman, 'Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (II, slot)', *WPNR* 2018, nr. 7182, p. 165-175.

- F.J. van Ommeren, 'Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting', *RMThemis* 2018, p. 39-57.
- F.J. van Ommeren, 'Toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen', *NTB* 2018/48, p. 257-266.

Veel dank komt toe aan onze collega's van het "Centre for Public Contract Law & Governance" (CPC) van de VU. Wij willen hen en alle anderen die bereid waren om een of meer hoofdstukken van het boek te lezen, daarvoor van harte dankzeggen. Datzelfde geldt voor de redactie van de wetenschappelijke serie waarin dit boek verschijnt. Enkele personen willen wij hier graag met name noemen: Niels Jak, Chris Jansen, Gerdy Jurgens, Femke de Lange, Helen Overes, Tymen van der Ploeg, Gerrit van der Veen en Sjoerd Zijlstra. Ten slotte komt in het bijzonder dank toe aan Bodil Robbe voor de ondersteuning die zij als student-assistent verleende.

Amsterdam, december 2018

Pim Huisman en Frank van Ommeren

DEEL I

Introductie

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Inleiding

Onze overheid handelt van oudsher privaatrechtelijk, al dan niet in aanvulling op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Het komt zelfs voor dat de overheid in de plaats van haar publiekrechtelijke bevoegdheden gebruikmaakt van het privaatrecht. Traditioneel vraagt het privaatrechtelijke overheidshandelen dan ook om aandacht van de algemeen vertegenwoordigende organen. Zo had de allereerste inhoudelijke motie van de Tweede Kamer meteen betrekking op een privaatrechtelijk onderwerp.

De eerste motie in de geschiedenis van de Tweede Kamer met een inhoudelijke strekking (1849) had betrekking op de overeenkomsten die destijds tussen de Staat en de Nederlandsche Handel-Maatschappij werden gesloten.¹

Daarnaast maakt de overheid op vrij grote schaal gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen die met een bepaalde publieke taak zijn belast. Ook dat gebeurt op uiteenlopende terreinen, zoals de energievoorziening, het openbaar vervoer, het onderwijs, het milieu, de media, cultuur etc. Dit is evenmin een nieuw verschijnsel.

De hiervoor genoemde Nederlandsche Handel-Maatschappij was een overheidsvennootschap *avant le lettre*. Haar oorspronkelijke taak was door internationale handel het belang van de nationale welvaart te bevorderen. Aandeelhouders bij de oprichting in 1824 waren de grote steden en, typerend voor die tijd, Koning Willem I.²

In dit boek staat het privaatrechtelijk overheidshandelen centraal. Daarbij komen zowel de publiekrechtelijke overheid die privaatrechtelijk handelt als de overheid in de rechtsvorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon aan de orde.

-
- 1 Zie Handelingen II 1848/49, p. 513-517. Waarover: J. Turpijn, *Mannen van gezag, De uitvinding van de Tweede Kamer 1848-1888* (diss. Groningen), Amsterdam: Wereldbibliotheek 2008, p. 40, 145. De inhoud van deze contracten wordt kort besproken in: T. de Graaf, *Voor Handel en Maatschappij – Geschiedenis van de Nederlandsche Handel-Maatschappij, 1824-1964* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boom 2012, p. 45, 46.
 - 2 T. de Graaf, *Voor Handel en Maatschappij – Geschiedenis van de Nederlandsche Handel-Maatschappij, 1824-1964* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boom 2012, p. 40, 41.

Ter voorkoming van misverstanden zij hier meteen opgemerkt dat wanneer in dit boek wordt gesproken over “de overheid”, daarmee de overheid in de hoedanigheid van krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon wordt bedoeld, zoals de Staat, de gemeente etc. Wanneer het gaat om de overheid in privaatrechtelijk gedaante zal dat steeds uitdrukkelijk blijken. Gesproken wordt dan van de “privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon”, zoals de overheidsvennootschap of de overheidsstichting.

Daarbij blijft het echter niet. Voor de behartiging van publieke taken worden door de overheid ook uiteenlopende maatschappelijke instellingen tot een bepaald stelsel toegelaten of als zodanig erkend. Deze toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen zijn privaatrechtelijke rechtspersonen, die enigszins op privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen lijken.

Bij toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen valt in het bijzonder te denken aan woningcorporaties, instellingen van gezondheidszorg, omroeporganisaties en instellingen van bijzonder onderwijs.

Deze toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen komen eveneens aan de orde. De reden daarvoor is dat deze maatschappelijke organisaties een door de wet toegekende publieke taak uitoefenen en dat derhalve voor een belangrijk deel ten aanzien van hen dezelfde vragen spelen als ten aanzien van de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen.

Het zou al met al dan ook een misverstand zijn te menen dat het privaatrechtelijk overheidshandelen slechts aan de randen van het publieke domein een rol zou spelen. Het privaatrechtelijk overheidshandelen doet zich voor op uiteenlopende terreinen met een sterke politieke en maatschappelijke relevantie, zoals in dit boek zal blijken.

Te denken valt aan de aanschaf van de Joint Strike Fighter (JSF), de erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam, de afspraken tussen een gemeente en een projectontwikkelaar over de wijziging van een bestemmingsplan, de bezoldiging van bestuursleden in de gezondheidszorg of de publieke omroep, de splitsing van de energiebedrijven, de overheidsstichting in het openbaar onderwijs, (de beperkte mogelijkheden voor) het verhaal van kosten van politieoptreden, etc.

Wie meent dat uitsluitend publiekrechtelijk overheidshandelen relevant is voor de vervulling van de publieke taak, heeft beslist een onvolledig beeld van het functioneren van de Nederlandse overheid en de door haar toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen.

1.2 Structuur van het boek

De delen van het boek

De overheid kan voor de privaatrechtelijke vervulling van haar taken in principe zowel zelf privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten als een privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon oprichten of daarin participeren. Afgezien van de introductie en het slot valt dit boek daarom in twee delen uiteen. Deel II heeft betrekking op de

overheidsrechtspersonen, daarbij komen zowel de publiekrechtelijke rechtspersonen als de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen en de toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen aan de orde. Deel III heeft betrekking op het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen door de publiekrechtelijke overheid, daarbij komen zowel de grondslagen voor dit handelen als de normering en de rechtsbescherming aan de orde. De omvangrijke delen II en III van dit boek zijn positiefrechtelijk van aard en bevatten primair een weergave van het geldende recht.

Dat in de delen II en III het positieve recht wordt besproken, neemt uiteraard niet weg dat daarbij de nodige kanttekeningen worden geplaatst. Op bepaalde onderdelen leidt dit tot voorstellen tot wijziging van het geldende recht. Op deze voorstellen wordt teruggekomen in het slothoofdstuk.

De delen I en IV hebben betrekking op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in algemene zin. In deze delen ligt de nadruk op de doctrine en is meer de ruimte genomen voor bespiegelende beschouwingen. In deel I wordt vooral een historische invalshoek gehanteerd, terwijl in deel IV vanuit een in de tussenliggende delen gestaafde visie naar de toekomst wordt gekeken.

De hoofdstukindeling

De verschillende onderwerpen van het privaatrechtelijk overheidshandelen worden aan de hand van deze structuur beschreven in uiteenlopende hoofdstukken, vandaar ook de titel van dit boek.

In de ondertitel komt tot uitdrukking dat het privaatrechtelijk overheidshandelen zich afspeelt op de grens van publiek- en privaatrecht. De aanduiding "privaatrechtelijk overheidshandelen" zou wellicht tot de gedachte kunnen leiden dat het publiekrecht hier slechts van geringe betekenis is. Het tegendeel is echter het geval. Op het privaatrechtelijk overheidshandelen wordt door het publiekrecht een steeds zwaarder stempel gedrukt.

Allereerst komt in hoofdstuk 2 de verhouding tussen publiek- en privaatrecht aan de orde. Dit onderscheid wordt wel beschouwd als het hoofdonderscheid van onze rechtsorde. De visie die men op deze verhouding heeft, bepaalt voor een belangrijk deel de ruimte die er aan de overheid wordt toegedacht om privaatrechtelijk te handelen. Er komen dan ook verschillende visies aan de orde, die in de literatuur, ietwat zwaar, ook wel als rechtsleren worden aangeduid. Na deze opening, wordt, zoals gezegd, overgestapt naar het positieve recht.

Teneinde in het privaatrecht te kunnen optreden heeft de overheid rechtspersoonlijkheid nodig. Deel II heeft betrekking op degenen die handelen: de overheidsrechtspersonen. Overheidsrechtspersonen zijn er in twee soorten: de publiekrechtelijke rechtspersonen en de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen. In hoofdstuk 3 wordt eerst besproken op welke uiteenlopende wijzen de overheid publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid kan verkrijgen. In de volgende twee hoofdstukken wordt ingegaan op de wijze waarop de overheid als publiekrechtelijke rechtspersoon privaatrechtelijk kan handelen. In hoofdstuk 4 komt de bevoegdheidsverdeling aan de orde en komt ter sprake wat het betekent als deze bevoegdheidsverdeling is

geschonden. In de daaropvolgende twee hoofdstukken staan de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen centraal, waarbij de aandacht in het bijzonder uitgaat naar de overheidsvennootschap en de overheidsstichting. In hoofdstuk 5 worden deze privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen onder de loep genomen en wordt bezien in hoeverre de overheid dit soort privaatrechtelijke rechtspersonen kan oprichten dan wel erin kan participeren. In hoofdstuk 6 wordt stilgestaan bij de mogelijkheden die de overheid heeft om de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen te beïnvloeden. In hoofdstuk 7 wordt een vergelijking gemaakt tussen de publiekrechtelijke rechtspersoon en de privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon. Dit is in het bijzonder relevant voor de keuze van de wetgever of het bestuur wanneer voor de uitoefening van een publieke taak voor de ene of de andere soort rechtspersoon zal worden gekozen. In de hoofdstukken 5 tot en met 7 worden tevens de zogeheten toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen in de beschouwingen betrokken.

Deel III heeft betrekking op de privaatrechtelijke rechtshandelingen die de overheid als publiekrechtelijke rechtspersoon kan verrichten. Daarbij spelen steeds, uitdrukkelijk of op de achtergrond, drie hoofdvragen een belangrijke rol. In de eerste plaats is van belang te weten met wat voor soort handeling we van doen hebben. Daartoe is het eerst nodig een zo scherp mogelijk onderscheid te maken tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handelingen van de overheid (de kwalificatievraag). Dit onderscheid staat centraal in hoofdstuk 8. Wanneer is vastgesteld dat er sprake is van een privaatrechtelijke rechtshandeling, komt de tweede hoofdvraag aan de orde: in hoeverre is er ruimte voor de overheid om de privaatrechtelijke weg te bewandelen. Dit wordt traditioneel aangeduid als de vraag naar de tweewegenproblematiek. Zij komt aan de orde in hoofdstuk 9. Wanneer vaststaat dat de overheid in beginsel de privaatrechtelijke weg mag volgen, is de derde hoofdvraag wat de betekenis is van de (overige) toepasselijke publiekrechtelijke normen op de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Deze vraag wordt besproken in hoofdstuk 10. Tegen de achtergrond van deze hoofdvragen komen vervolgens verschillende rechtsfiguren aan de orde die de overheid in het privaatrecht ter beschikking staan. Allereerst wordt gekeken naar het overheidseigendom, meer in het bijzonder van de openbare zaken, die aan de orde komen in hoofdstuk 11. Daarna staat de figuur van de overheidsovereenkomst centraal, en wel in hoofdstuk 12. De hoofdstukken 8 tot en met 12 zijn alle voorzien van een paragraaf – onder de kop “Toepassing” – waarin ter illustratie een aantal concrete toepassingen wordt besproken, die in de praktijk relatief veel voorkomen. Dit deel wordt afgesloten met hoofdstuk 13 over de rechtsbescherming tegen privaatrechtelijke overheidshandelingen. Gekeken wordt aldaar zowel naar de verdeling van de rechtsmacht tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter als naar enige andere vormen van rechtsbescherming met inbegrip van de mogelijkheid van alternatieve geschilbeslechting (ADR).

Voor een meer complexe casus is bepaald niet uitgesloten dat vrijwel alle hoofdstukken van deel II en III relevant zijn. Het bekende arrest *Amsterdam/Geschiere* bijvoorbeeld heeft betrekking op de weigering van de gemeente toestemming te geven voor bepaald gebruik van haar grond.³ Voor een goed begrip van dit privaatrechtelijk

3 HR 5 juni 2009, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen; *Gst.* 2009/98, m.nt. J.A.E. van der Does & P.J. Huisman.

overheidshandelen is allereerst van belang dat de gemeente een publiekrechtelijke rechtspersoon is (hoofdstuk 3), waarbinnen een bepaalde bevoegdheidsverdeling geldt (hoofdstuk 4). Daarbij speelde in dit arrest in het bijzonder mee dat de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheden was toebedeeld aan een stadsdeel, terwijl de voorbereiding van het privaatrechtelijk optreden in handen was van het gemeentelijke grondbedrijf. De weigering zelf moet worden aangemerkt als een privaatrechtelijke overheidshandeling (hoofdstuk 8). De kern van dit arrest, betreffende de vraag of en in hoeverre de toelaatbaarheid van deze privaatrechtelijke weg moet worden beoordeeld aan de hand van de formule van de onaanvaardbare doorkruising, valt onder de problematiek van de tweewegenleer (hoofdstuk 9). De vraag betreffende de toelaatbaarheid kan niet worden beantwoord zonder daarvoor ook de overige relevante wettelijke en buitenwettelijke voorschriften in acht te nemen (hoofdstuk 10). De casus heeft betrekking op het gebruik van een openbare zaak (hoofdstuk 11). Het is goed denkbaar dat indien de gemeente wel met het gewenste gebruik had ingestemd, daarover een overeenkomst was gesloten (hoofdstuk 12). De rechtsbescherming wordt hier geboden door de burgerlijke rechter (hoofdstuk 13). Aldus blijkt dat het arrest alleen niet raakt aan de materie van de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen (hoofdstukken 5 tot en met 7). Dat was anders geweest indien de gemeente er een overheidsvennootschap of overheidsstichting bij had betrokken dan wel een vorm van publiek-private samenwerking (PPS) was aangegaan, hetgeen overigens in de praktijk regelmatig voorkomt.

Deel IV vormt met hoofdstuk 14 het slothoofdstuk. Hier keren de lijnen uit de eerdere hoofdstukken terug en wordt naar de te verwachten toekomstige ontwikkelingen voor het privaatrechtelijk overheidshandelen gekeken. Daarbij wordt een overzicht geboden van de voorstellen voor wijziging van het geldende recht, die gaandeweg in dit boek reeds aan de orde zijn geweest en wordt bezien wat het voorafgaande betekent voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, zowel in nationaal, Europees als internationaal verband.

De bestuursrechtelijke invalshoek

Dit boek speelt zich af op de grens van publiek- en privaatrecht. Het kan dan ook heel wel vanuit een bestuursrechtelijk perspectief gelezen worden, waarin het systeem van de Awb op hoofdlijnen wordt gevolgd. Eerst komen in het volgende hoofdstuk de verschillende visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht aan de orde. Uiteraard maakt de opvatting van de Awb-wetgever daarvan deel uit (hoofdstuk 2).

Daarna wordt overgestapt naar de rechtstoepassing. Vanuit Awb-perspectief dient het begrip “bestuursorgaan” in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb voorop te staan. Een a-orgaan maakt deel uit van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Deel II van dit boek begint dan ook met de overheid als publiekrechtelijke rechtspersoon (hoofdstuk 3). Voor de bevoegdheidsverdeling is in het bijzonder de Awb in samenhang met de organieke wetgeving van betekenis (hoofdstuk 4). Vervolgens is ten aanzien van de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen en de toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen de aandacht mede gericht op de mogelijkheid dat het bestuur of een ander orgaan de hoedanigheid heeft van b-orgaan in de zin van de Awb (hoofdstuk 5). Bij de bespreking van de beïnvloedingsmogelijkheden van privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen en toegelaten of erkende

maatschappelijke instellingen is voor zover relevant de betekenis van de Awb en andere (sectorspecifieke) bestuursrechtelijke wetgeving in acht genomen (hoofdstuk 6). Voorts is bij de keuze voor publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid de betekenis van de rechtsstatelijke waarden en de doorwerking van het publiekrecht uitermate relevant (hoofdstuk 7).

Vervolgens komt vanuit het perspectief van de Awb het besluitbegrip van art. 1:3 lid 1 Awb aan de orde. Deel III opent daarmee: centraal staat de vraag wanneer sprake is van een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtshandeling (hoofdstuk 8). De materiële voorschriften van de Awb zijn ten dele van overeenkomstige toepassing op privaatrechtelijk overheidshandelen, vgl. art. 3:1 lid 2 Awb. De betekenis van geschreven en ongeschreven algemene regels van bestuursrecht regeert dan ook mede het vervolg over het privaatrechtelijk overheidshandelen (hoofdstukken 9 tot en met 12). Ten slotte volgt in dit deel de rechtsbescherming. Ook hier wordt begonnen met de invalshoek van de Awb (hoofdstuk 13).

In deel IV, het slothoofdstuk van dit boek, spelen de uitgangspunten en de principes van het bestuursrecht een fundamentele rol. Ingegaan wordt onder meer op de verpubliekrechtelijking van het privaatrechtelijk overheidshandelen en – onder de noemer van de *global administrative law* (GAL) – op het bestuursrecht zonder statelijke overheid (hoofdstuk 14).

1.3 Overheidsprivaatrecht

Aangezien dit boek betrekking heeft op het privaatrechtelijk overheidshandelen beslaat het wezenlijke delen van het zogeheten overheidsprivaatrecht. Daarbij gaat het in het bijzonder om het overheidsrechtspersonenrecht en het overheidsovereenkomstenrecht. Voor zover het een voor het publiek toegankelijk karakter heeft, komt ook het overheidszakenrecht aan de orde.

Het overheidszakenrecht is naar zijn object te onderscheiden in de zaken die wel en de zaken die niet voor het publiek toegankelijk zijn. Niet elke voor het publiek toegankelijke plaats is openbaar. Een zaak wordt als openbaar aangemerkt wanneer zij voor gewoon gebruik voor het publiek toegankelijk is zonder dat daarvoor enige vorm van toestemming van de eigenaar is vereist. Een zaak wordt als semi-openbaar aangemerkt wanneer zij onder voorwaarden voor het publiek toegankelijk is, terwijl zij geen openbaar karakter heeft.

Het overheidsaansprakelijkheidsrecht komt ten dele aan de orde. Buiten de reikwijdte van dit boek valt de aansprakelijkheid van de overheid voor haar *publiekrechtelijke* optreden. De aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk rechtshandelingen – in het bijzonder de zogeheten besluitaansprakelijkheid (bijvoorbeeld voor onrechtmatig verleende vergunningen of onrechtmatige regelgeving) – speelt als zodanig geen separate rol.

Weliswaar komt dit soort optreden (mede) onder de burgerlijke rechter, maar daarmee betreft het nog geen privaatrechtelijk overheidsoptreden. Aan de besluitaansprakelijkheid wordt uiteraard niet voorbijgegaan voor zover zij voortvloeit uit de besproken onderwerpen.