

De beginselen van behoorlijk bestuur bij ‘privaat bestuur’: algemene normen, gevarieerde rechterlijke toetsing en organisatorische breuklijnen?

‘Aan deze beginselen van behoorlijk bestuur, de rechtszekerheid als algemene achtergrond daaronder begrepen, zal het gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen moeten worden getoetst, zulks om der wille van de gevolgen voor de justitiabele.’¹

Raymond Schlössels²

1. Inleiding

Het leerstuk van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb) is in Nederland al geruime tijd uitgekristalliseerd. In de handboeken³ worden de verschillende beginselen uitvoerig beschreven en gsystematiseerd. De meeste aandacht gaat uit naar de toepassing van de abb op (appellabele) besluiten van bestuursorganen. De abb zijn echter óók rechtstreeks of indirect van toepassing op privaatrechtelijk en feitelijk handelen van het openbare bestuur. Bovendien is de vraag actueel hoe de normerende werking van deze beginselen zich (indirect) uitspreidt over verschillende semioverheden of semipublieke instellingen die op afstand staan van de ‘kernoverheid’.⁴

De Nederlandse bestuursrechter past de abb vooral toe in de sfeer van (appellabele) besluiten. Omdat diens bevoegdheid in regel afhankelijk is van een voor beroep vatbaar ‘besluit’ (vgl. art. 8:1 Awb) biedt hij – uitzonderingen daargelaten – géén rechtsbescherming ten aanzien van (zelfstandig) feitelijk handelen door het bestuur en bij privaatrechtelijk overheidshandelen. De burgerlijke rechter is bijgevolg in veel gevallen de aangewezen rechter om toepassing te geven aan de abb. Dit is onder meer het geval wanneer privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid of feitelijk bestuurshandelen aan de orde zijn. De burgerlijke rechter kan de abb dan rechtstreeks toepassen of indirect laten doorwerken via privaatrechtelijke normen. Hierdoor *kan*

¹ B. de Goede, ‘Het gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen’, in: *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, Geschriften van de vereniging voor administratief recht, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1956, p. 50.

² Raymond Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en kantooradviseur bij Nysingh advocaten-notarissen. Hij is onder meer redacteur van het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB). De tekst van deze bijdrage is goeddeels afgerond in september 2020. Slechts incidenteel is latere informatie verwerkt.

³ Bijv. H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht 1*, 6^{de} druk, Den Haag: Boomjuridisch 2019, p. 303 e.v. en R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 329 e.v.

⁴ Vgl. bijv. N. Jak, ‘Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht. De afnemende betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid bij ontstatelijking’, in: *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels red.), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 103 e.v. Zie uitvoerig over de toepassing van de abb bij semipublieke instellingen: N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, i.h.b. hoofdstuk 2.

de intensiteit van de toetsing verschillen met die van de bestuursrechter hoewel dit geen uitgemaakte zaak is.

De – intern rechtsvergelijkend te toetsen – *hypothese* dat de abbb bij een rechtstreekse toets een hogere mate van bescherming bieden dan via de band van de open privaatrechtelijke normen komt hierna vanuit een *bestuursrechtelijk* perspectief⁵ aan bod. Een tweede interessante *hypothese* is dat ‘materieel’ denken – dat wil zeggen denken vanuit de aard van de betrokken belangen, taken en bevoegdheden – de eenheid van de publiekrechtelijke normering (waaronder de abbb) en de inzichtelijkheid daarvan ten goede komt. Ook in het schemergebied tussen publiek- en privaatrecht kunnen hierdoor breukvlakken en inconsistenties in de normering worden vermeden.

Om tot een zinvolle (interne) rechtsvergelijking te komen tussen de ‘bestuursrechtelijke’ en ‘privaatrechtelijke’ rechtsbescherming wordt in paragraaf 2 eerst een blik geworpen op de historie van de abbb. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht komt kort in beeld. Vervolgens gaat beknopt de aandacht uit naar het begrip ‘privaat bestuur’ en naar de verschillen tussen een rechtstreekse en een indirecte toetsing aan de abbb.

In paragraaf 3 staat de *rechtstreekse* bestuursrechtelijke normering van (achtereenvolgens) het publiekrechtelijke, feitelijke en privaatrechtelijke handelen van het bestuur door de abbb centraal. In paragraaf 4 wordt de *indirecte* werking van de abbb via privaatrechtelijke normen op hoofdlijnen belicht. Hier geldt overigens met nadruk: dit is een blik vanuit het bestuursrecht. Civilisten kunnen dit anders zien!

In paragraaf 5 gaat ten slotte aandacht uit naar een paar bijzondere bestuursrechtelijke domeinen, waaronder het sociaal domein en de wereld van zelfregulering. Ook wordt kort stilgestaan bij het aanbestedingsrecht. Binnen dit rechtsgebied beïnvloedt een relatief ruim Unierechtelijk overheidsbegrip de toepasselijke normering. Interessant is dat de werkingssfeer van de publiekrechtelijke normering aan de hand van beginselen ruimer is dan volgt uit het perspectief van de Algemene wet bestuursrecht (die zich immers vooral richt op de bestuursorganen in nationale zin).

2. Opmerkingen vooraf en enkele begrippen

2.1 Korte historische schets van de abbb in Nederland

In Nederland is de basis voor het hedendaagse *ongeschreven* publiekrecht gelegd op de drempel van de twintigste eeuw. In de periode voor de eerste wereldoorlog betrof dit vooral theorievorming in proefschriften. Dat publiekrecht meer is dan ‘wettenrecht’ was rond 1900 geen gemeengoed. Het publiekrecht werd meestal gezien als geschreven ‘uitzonderingsrecht’ ten opzichte van het algemene privaatrecht.

Maar de erkenning van de abbb – ongeschreven publiekrecht – was onvermijdelijk. De enorme toename van discretionaire bevoegdheden van het bestuur stelde het vraagstuk van de

⁵ Vanzelfsprekend kan ook vanuit het privaatrecht naar deze problematiek worden gekeken maar dat is niet de invalshoek van dit paper.

rechtsbescherming tegen de overheid op scherp. Waar de wetgever terugtreedt, kan er geen sprake zijn van een rechtsvrije ruimte voor het bestuur. Waar de wet zwijgt, heerst er geen rechteloosheid. Het gebrek aan een wettelijke normering moet dan worden ‘gecompenseerd’ door (ongeschreven) rechtsbeginselen.⁶

De erkenning van abbb door de rechter vereiste het nemen van twee hordes. Ten eerste zou de rechter deze beginselen moeten erkennen als *volwaardige rechtsnormen*. Ten tweede zou de rechter op een zodanige wijze aan deze normen moeten toetsen dat de *doelmatigheid* van het bestuur niet onaanvaardbaar in het gedrang zou komen.

In Nederland ontbrak lange tijd algemene bestuursrechtspraak. Daarom vervulde de burgerlijke rechter – met uitzondering van enkele specifieke bestuursrechtelijke terreinen – in de jaren veertig en vijftig van de vorige eeuw een belangrijke rol bij het intensiveren van de rechtsbescherming tegen de overheid. Ook de toetsing aan ongeschreven publiekrechtelijke rechtsnormen was hierbij in beeld (zie hierna). Na de Tweede Wereldoorlog werd vervolgens in de literatuur een stevige basis gelegd voor rubricering van de abbb.⁷ De rechtsontwikkeling kreeg in de jaren zestig een impuls in het kader van het zgn. Kroonberoep, waarna vanaf 1976 de Arob-rechtspraak zijn opwachting maakte. Deze aanvullende algemene bestuursrechtspraak⁸ betekende veel voor de (door)ontwikkeling van de abbb.

2.2 Publiek- en privaatrecht

De ‘gemene rechtsleer’ die het Nederlandse overheidsprivaatrecht in belangrijke mate heeft gevormd, staat welwillend tegenover het gebruik van privaatrecht door de overheid.⁹ Hierdoor kon dit ‘algemene’ recht relatief eenvoudig de positie innemen van het altijd – óók voor de overheid – geldende én beschikbare recht. In beginsel komen aan de overheidsrechtspersonen immers de privaatrechtelijke bevoegdheden toe die ook aan andere (private) rechtspersonen toekomen.¹⁰ De overheid kan in beginsel als iedere eigenaar haar eigendomsrecht uitoefenen (ook ten aanzien van zaken met een publieke bestemming¹¹), overeenkomsten sluiten en deelnemen in (andere) privaatrechtelijke rechtspersonen en deze personen tevens langs privaatrechtelijke weg oprichten.

⁶ Er wordt wel gesproken over de ‘compensatietheorie’, die overigens geen sluitende verklaring biedt voor de hedendaagse betekenis van de abbb. Zie hierover G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

⁷ Ik volsta hier met het noemen van het bekende preadvies van Wiarda. G.J. Wiarda, ‘Algemene beginselen van behoorlijk van behoorlijk bestuur’, *Geschriften van de vereniging voor administratief recht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1952, p. 55 e.v.

⁸ Deze bescherming zag vooral op beschikkingen. Zie over deze wet bijv. J.G. Steenbeek & F.A.M. Stroink, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, 4^{de} herziene druk, 's-Gravenhage: VUGA 1988.

⁹ Zie P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 19 e.v., p. 24.

¹⁰ Zie het klassieke standaardarrest HR 26 januari 1990, AB 1990, 408 m.nt. G.P. Kleijn (Windmill).

¹¹ Vgl. G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Pas als de overheid (evident) misbruik maakt van haar privaatrechtelijke bevoegdheden of het publiekrecht – en de daarin geboden juridische mogelijkheden met bijbehorende waarborgen – op een onaanvaardbare wijze doorkruist, trekt de rechtspraak grenzen. Het borgen van de rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en consistentie stellen eveneens beperkingen aan de privaatrechtelijke mogelijkheden van de overheid.¹²

Tegen deze achtergrond is het niet vreemd dat het Nederlandse recht meer aandacht besteedt aan de vraag *hoe* het privaatrechtelijk overheidshandelen het beste kan worden genormeerd, dan aan de fundamentele vraag *of* de overheid wel privaatrechtelijk mag handelen. Belangrijk is dat de overheid zich in het privaatrecht niet kan onttrekken aan de normerende werking van de abbb en de grondrechten.¹³ De toepasselijke publiekrechtelijke normering wordt gezien als ‘*extra*’ ten opzichte van de toepasselijke privaatrechtelijke normering.¹⁴

2.3 Privaat bestuur

In de titel van deze bijdrage is het begrip ‘privaat bestuur’¹⁵ gebruikt. Dit begrip roept vragen op. In de hoedanigheid van ‘uitvoerende macht’ (d.w.z. als administratie of bestuur) handelt de overheid immers altijd in het kader van haar *publiekrechtelijke* functie. Wat wordt in dit paper dan bedoeld met ‘privaat bestuur’?

Op de eerste plaats gaat het om de situatie waarin het bestuur zich bedient van bevoegdheden die zijn ontleend aan het privaatrecht. Deze bevoegdheden komen naar positief recht toe aan de overheidsrechtspersonen (zie art. 2:1 juncto art. 2:5 BW). Het (vermogensrechtelijke) *handelingsperspectief*¹⁶ van de overheid staat hier centraal. Te denken valt aan een gemeente die een overeenkomst (bijv. inzake de verkoop bouwgrond) sluit met een burger of aan de overheid die als rechtspersoon een eigendomsbevoegdheid uitoefent (bijv. een gemeente die een bepaald gemeentelijk bos afsluit¹⁷).

Het begrip ‘privaat bestuur’ ziet daarnaast op het *organisatieperspectief*. Het Nederlandse bestuur is primair georganiseerd in organen die functioneren binnen de kaders van (Grondwettelijke) openbare lichamen (denk bijv. aan de organen van de Staat, de provincies de gemeenten en de waterschappen). Deze lichamen zijn rechtspersonen. De organen van deze lichamen zijn bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb). In Nederland wordt daarom gesproken over ‘a-organen’.

¹² Vgl. bijv. meer recent HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890 (kostenverhaal fiscale fraude).

¹³ Zie over deze ‘gemengde rechtsleer’ Huisman/Van Ommeren 2019, p. 28 e.v.

¹⁴ Bijv. Van der Veen 1997, p. 362.

¹⁵ Vgl. ook de titel van de VAR-preadviezen uit 2008 (VAR-reeks 140)

¹⁶ Het vermogensrechtelijk relevante gedrag van het openbare bestuur omvat natuurlijk ook *nalaten*. Een voorbeeld betreft een gemeente die een gevaarlijke situatie op de openbare weg onvoldoende markeert en geen of te weinig voorzorgsmaatregelen treft. Dit ‘feitelijk’ nalaten door het bestuur wordt in Nederland in beginsel beoordeeld aan de hand van de reguliere civielrechtelijke eisen van de onrechtmatige daad.

¹⁷ Vgl. bijv. ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:716, *JB* 2020/88 m.nt. J.A.F. Peters (Beusebos Purmerend).

Daarnaast zijn er diverse andere door de wetgever krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen (vgl. art. 2:1 lid 2 BW) waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen. Ook deze rechtspersonen bieden een samenhangend kader voor het functioneren van bestuursorganen. Er zijn talrijke voorbeelden van bestuursorganen die niet behoren tot een ‘regulier’ (Grondwettelijk) openbaar lichaam. Ter illustratie wordt gewezen op de organen van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers. Deze Dienst heeft op basis van de instellingswet rechtspersoonlijkheid en een afgebakende publieke taakopdracht. De rechtspersoon is ingesteld krachtens publiekrecht en heeft een bestuur en een raad van toezicht (zie art. 2 en 3 Organisatiewet Kadaster). Iets soortgelijks geldt voor het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) dat in Nederland is belast met het uitvoeren van uitkeringen in de sfeer van ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Dit instituut is eveneens een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht. Het heeft als organen een Raad van bestuur (zie art. 2 en 6 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen). In beide gevallen gaat het om bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (art. 1:1 aanhef en onder a Awb). Ook dit zijn dus ‘a-organen’.

Een meer perifeer gedeelte van het Nederlandse openbaar bestuur is vervolgens georganiseerd via (de organen van) reguliere ‘privaatrechtelijke’ rechtspersonen. Ook hier kan er sprake zijn van een bestuursorgaan: het zgn. ‘b-orgaan’ (vgl. art. 1:1 lid 1 aanhef onder b Awb). Dit type orgaan (een persoon of college) oefent per definitie ‘openbaar gezag’ uit. Zo valt te denken aan (het bestuur van) een stichting of een vennootschap die een wettelijk toegekende bestuursbevoegdheid uitoefent. Een standaardvoorbeeld betreft de stichting Autoriteit Financiële markten (AFM) die op grond van de wet onder meer gedragstoezicht houdt op financiële markten en die beschikt over bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Een voorbeeld van geheel andere aard is een garagebedrijf dat als besloten vennootschap (BV) periodieke autokeuringen verricht en in zoverre eveneens openbaar gezag uitoefent.

Gelet op het onderwerp van dit paper is dit bestuur in een ‘privaat jasje’ van bijzonder belang. Dit bestuur bevindt zich in het schemergebied tussen publiek- en privaatrecht. Zolang er op basis van een wettelijke bevoegdheid besluiten worden genomen is het beeld helder. Er is dan voor de rechter geen reden de publiekrechtelijke normering (waaronder de abbb) anders in te vullen dan bij de reguliere bestuursorganen (de a-organen).

Maar hoe moet bijvoorbeeld een private rechtspersoon die géén specifieke (wettelijke) bestuursbevoegdheid uitoefent, maar die wél – al dan niet op basis van gehele overheidsfinanciering – handelt in het publieke belang worden gekwalificeerd? En wat betekent dit dan voor de publiekrechtelijke normering van het handelen van deze persoon of diens organen? De beantwoording van de vraag of de abbb hier rechtstreeks van toepassing zijn is naar Nederlands recht in dit geval afhankelijk van, en verweven met het antwoord op de vraag of we te maken hebben met formeel ‘bestuur’ (d.w.z. ‘bestuursorganen’) in de zin van de Awb.

Naar Nederlands recht is geen sprake van ‘bestuur’ op de enkele grond dat de overheid een substantieel of meerderheidsbelang heeft in een rechtspersoon, ook al zou die persoon – materieel beschouwd – een publieke taak uitoefenen of (overwegend) in het algemeen belang handelen. Dit uitgangspunt heeft onder meer tot gevolg dat allerlei vennootschappen waarin de

overheid (aandelen)belangen heeft niet (rechtstreeks) aan de normerende werking van de abbb zijn onderworpen.

2.4 Rechtstreekse en indirecte toets aan de abbb

De Nederlandse rechter – zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter – neemt het handelen en nalaten van het bestuur in diverse gevallen *rechtstreeks* de maat aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb). Dit is wat de bestuursrechter bijvoorbeeld doet als hij een appellabel besluit toetst aan de deze beginselen.

In de inleiding is de hypothese geformuleerd dat indien de rechter rechtstreeks oordeelt aan de hand van de abbb dit vanuit publiekrechtelijk oogpunt het hoogste beschermingsniveau oplevert. Met een algemene uitspraak over ‘het’ beschermingsniveau dat ‘de’ rechter op basis van ‘de’ abbb al dan niet realiseert begeeft men zich echter al snel op glad ijs. Interne rechtsvergelijking kan hier misschien meer licht laten schijnen. Hoe een abbb in een rechterlijke toets tot zijn recht komt is namelijk van veel factoren afhankelijk: de aard, inhoud en omvang van het geding bij de rechter, de specifieke omstandigheden van het geval, de aard van de betrokken bestuursbevoegdheid, de mate van specialisatie van een rechter en de wijze waarop een rechter een rechtsbeginsel uitwerkt en (gemotiveerd) toepast.

2.4.1 Rechtstreekse toetsing aan abbb door de bestuursrechter (algemeen)

De abbb behoren tot het bestuursrecht. Een logische gedachte is daarom dat de bestuursrechter bij uitstek de aangewezen rechter is om deze rechtsnormen te ontwikkelen en toe te passen. Ook is het verleidelijk om de wijze van toetsing door de bestuursrechter dan aan te houden als gouden standaard.

Toch is nuancering van belang. Er is immers niet één bestuursrechter¹⁸, bestuursrechtelijke geschillen zijn zeer divers en de bestuursrechter heeft geen monopolie op de toepassing van de abbb. De burgerlijke rechter is eveneens actief op dit gebied. Hij heeft in het verleden zelfs belangrijk werk verzet wat betreft de toetsing aan rechtsnormen die in nauw verband staan met de huidige abbb. Het bekendste voorbeeld is misschien wel de ontwikkeling van de toetsing aan het verbod van willekeur.¹⁹

Gelet op de grote diversiteit aan bestuursrechtelijke geschillen (bijv. wél of geen discretie, wél of geen betrokken belangen van derden etc.) en de werkwijze van de verschillende rechterlijke instanties zal slechts globaal kunnen worden aangegeven hoe ‘de’ bestuursrechter aan de abbb toetst. Zo zijn er verschillen tussen de geschilbeslechting op het terrein van de sociale zekerheid en het ordenende bestuursrecht. Het belastingrecht kent zijn eigen cultuur en de mate van

¹⁸ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State fungeert in Nederland als algemene hoogste bestuursrechter. Daarnaast zijn belangrijke (hoogste) bestuursrechtelijke colleges de Centrale Raad van Beroep (o.m. sociale zekerheid) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (economisch bestuursrecht). Ook de belastingrechtspraak met aan de top de Hoge Raad verdient vermelding.

¹⁹ Zie i.h.b. het klassieke arrest over de Doetinchemse woonruimtevoorziening. HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558.

vervlechting tussen nationaal en Unierecht is eveneens van invloed op de toepassing van rechtsbeginselen. De factoren die verschil maken zijn talrijk.

Vanuit het bestuursprocesrecht²⁰ zijn echter enkele observaties mogelijk. De eerste observatie is dat de bestuursrechter appellabele besluiten rechtstreeks toetst aan de abbb. Hij beoordeelt de conformiteit van een besluit met een abbb niet via de ‘sluis’ van een andere rechtsnorm (zie hierna). Bij een gegrondverklaring van het beroep vermeldt de rechter in zijn uitspraak het geschonden rechtsbeginsel (art. 8:77 lid 2 Awb). Het bestuursprocesrecht kent verder geen regels over de wijze waarop aan de abbb wordt getoetst. De rechterlijke instanties vinden hier hun weg. Soms is de toetsing zeer beknopt, soms uitvoerig gemotiveerd. In standaarduitspraken waarin een specifiek abbb centraal staat kan de gedetailleerdheid van een bespreking in het belang van de rechtsvorming uiteraard zeer aanzienlijk zijn.²¹ Verder is de volgorde in de regel zo dat de rechter ingaat op specifieke abbb na een toetsing aan algemeen verbindende voorschriften en fundamentele rechten.

De bestuursrechter – een tweede observatie – toetst niet ambtshalve aan de abbb. Hij past deze beginselen toe in het kader van het leerstuk van de aanvulling van rechtsgronden. Dit wil zeggen dat hij het recht – waaronder de abbb – toepast op het geschil dat aan hem is voorgelegd. Uitzonderingen daargelaten²², toetst de bestuursrechter niet ambtshalve aan het recht. De omvang van het geschil volgt uit het aangevallen besluit, de beroepsgronden en het rechterlijke onderzoek daaromtrent (vgl. art. 8:69 lid 1 en 2 Awb). Het geschil moet in ieder geval aanleiding geven om de abbb toe te passen. Een appellant dient zijn beroep daartoe met concrete feiten en omstandigheden te onderbouwen. Pas dan kan een toepassing van een specifiek abbb met voldoende scherppte plaatsvinden.

De scherppte van de toepassing van de abbb door de bestuursrechter is dus verweven met de bewijsrechtelijke dimensie van het procesrecht. Wie zich beroept op een schending van het vertrouwensbeginsel door een toezegging, zal bijvoorbeeld feiten moeten aandragen waaruit de aard en inhoud van de toezegging blijkt. Van een bestuursorgaan mag in het algemeen worden verwacht dat het een besluit zorgvuldig voorbereidt. Maar bij de beoordeling van een mogelijke schending van het zorgvuldigheidsbeginsel zal de rechter daarnaast óók kijken naar eventuele informatielasten van een aanvrager (vgl. bijv. art. 4:2 lid 2 Awb).

De toetsing aan de abbb door de bestuursrechter heeft sinds de eeuwwisseling invloeden ondergaan van een uitgesproken streven naar tijdige rechtspraak, definitieve geschilbeslechting en subjectivering²³ van het procesrecht. Waar in het verleden vaak vernietigingen van besluiten op formele gronden aan de orde waren (bijv. motiveringsgebreken) wordt tegenwoordig

²⁰ Zie over de karakteristieken van het bestuursprocesrecht in algemene zin Schlössels/Schutgens/Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 hoofdstuk 23 en 24. Zie over de omvang van het geding en de aanvulling van rechtsgronden i.h.b. p. 307 e.v.

²¹ Een mooi voorbeeld over het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht biedt ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302 m.nt. L.J.A. Damen (dakterras Amsterdam)

²² Denk aan zgn. *bepalingen van openbare orde* (betreffende bevoegdheid en ontvankelijkheid).

²³ De ambtshalve ‘controlerende’ functie van de bestuursrechter is teruggedrongen. Het perspectief van de appellant en diens belangen is belangrijker geworden.

intensiever gestreefd naar een finale afdoening. Hiermee wordt voorkomen dat geschillen na een ‘formele’ vernietiging van een besluit ter reparatie terugvallen op het bestuurlijke niveau. In de sfeer van de toepassing van de formele beginselen van behoorlijk bestuur heeft dit een aantal gevolgen: passeren van de schending van een gebrek (art. 6:22 Awb) kan eerder aan de orde zijn en er zijn mogelijkheden voor bestuursorganen om gebreken in het kader van bijvoorbeeld een informele of formele ‘bestuurlijke lus’ te herstellen²⁴ terwijl de zaak nog onder de rechter is. Niet onbelangrijk is ten slotte dat de schending van een *formeel* abbb in beginsel de vernietiging van een besluit niet kan dragen indien niet mede een onderliggende materiële norm is geschonden die een beschermende werking heeft. Dit volgt uit het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb).

2.4.2 Publiekrechtelijke sluisformule

Een rechter kan de abbb ook *indirect* toepassen. De beginselen werken dan door via (een) andere rechtsnorm(en) die een *poort- of sluisfunctie* vervult. Ik geef drie voorbeelden.

In het verleden toetste de burgerlijke rechter – bij afwezigheid van een bestuursrechter – (discretionaire) bestuursbesluiten²⁵ niet rechtstreeks aan de abbb. Anders dan bij een gespecialiseerde bestuursrechter ontbrak daartoe – naar werd aangenomen – de bevoegdheid. De Hoge Raad hanteerde de zgn. sluis- of Landsmeerformule.²⁶ Deze formule stond slechts toe dat de beginselen van behoorlijk bestuur een rol spelen bij de overkoepelende vraag of een bevoegd bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen (‘verbod van willekeur’). De sluisformule heeft een wat diffuse, afstandelijke toets aan de abbb tot gevolg.

Deze afstandelijke wijze van toetsing was later ook lange tijd de norm bij het (rechtstreeks²⁷, dan wel exceptief) toetsen van algemeen verbindende voorschriften (avv).²⁸ Hoewel zich in dit verband geleidelijk een tendens aftekende om vaker direct te toetsen aan de abbb, heeft de bestuursrechter pas in de zgn. 1-juli-uitspraken van 2019 de koers duidelijk bijgesteld.²⁹ De

²⁴ Zie art. 8:51a Awb. Het bieden van een (formele) herstelkans vereist een *tussenuitspraak* waarin de rechter zoveel mogelijk vermeldt op welke wijze het gebrek kan worden hersteld (art. 8:80a lid 1 en 2 Awb).

²⁵ De Nederlandse burgerlijke rechter hanteert sinds 1915 consequent een zeer ruime bevoegdheid om van bestuursrechtelijke geschillen kennis te nemen. Zo toetste hij bij afwezigheid van een bestuursrechtelijke rechtsgang in het verleden ook beschikkingen. Zodra er echter beroep openstaat op een bestuursrechter (dat is tegenwoordig bij beschikkingen in de regel het geval) geeft hij via de ontvankelijkheidsleer voorrang aan de bestuursrechtelijke rechtsgang en sluit hij ook inhoudelijk aan bij oordelen van de bestuursrechter. Zie uitvoerig over de rol van de burgerlijke rechter: R.J.N. Schlössels, M.W.C. Feteris e.a., *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

²⁶ HR 4 januari 1963, AB 1963, 603 m.nt. St. (Landsmeer).

²⁷ Door de burgerlijke rechter omdat naar Nederlands recht *rechtstreeks* beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift bij de bestuursrechter in de regel niet mogelijk is (zie art. 8:3 lid 1 aanhef onder a Awb). Zie o.m. HR 16 mei 1986, AB 1986, 574 m.nt. PvB (Landbouwwvliegers).

²⁸ De bestuursrechter(s) kan (kunnen) algemeen verbindende voorschriften dus wel ‘indirect’ toetsen in die zin dat ze dit voorschrift kunnen toetsen in een procedure die is gericht tegen een voor beroep vatbaar besluit (bijv. een vergunning) dat op dat voorschrift is gebaseerd.

²⁹ Het was de Centrale Raad van Beroep die een nieuwe lijn uitrolde. Zie o.m. CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016. Een en ander hing al langer in de lucht naar aanleiding van de conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2017:3557). Vgl. ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452. Zie in dit verband ook de eerste expertmeeting van het Platform voor publiek-

toetsingsintensiteit is volgens deze uitspraken afhankelijk van de bestuurlijke beslissingsruimte en de impact van een avv op fundamentele rechten, terwijl een schending van het formele zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel als zodanig geen onverbindendverklaring van het gehele avv kan rechtvaardigen. Zo gezien wordt er met het oog op de gevolgen van toetsing nog een verschil gemaakt tussen de schending van formele en inhoudelijke abbb.

2.4.3 Doorwerking via een privaatrechtelijke basisnorm

Een tweede voorbeeld van indirecte toepassing van de abbb betreft de doorwerking in vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid. In deze verhoudingen spelen de abbb, alsmede de positie van de overheid en publieke belangen bijvoorbeeld een rol bij de uitleg van overeenkomsten. Ook spelen ze een rol bij de zgn. beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 en 2 BW). Deze algemene privaatrechtelijke normen kunnen zo publiekrechtelijk worden ingekleurd. Iets vergelijkbaars geldt voor de onrechtmatige overheidsdaad waar de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm kan worden ingevuld met de abbb (zie hierna). Het betreft hier bekende materie. Geruime tijd geleden merkte Scheltema de doorwerking van de abbb via open normen in het privaatrecht al aan als een ‘vrij constante factor’.³⁰

2.4.4 Reflexwerking en domeinspecifieke beginselen

Een derde en laatste voorbeeld van indirecte werking van abbb – die overigens meestal niet als ‘indirect’ wordt opgevat – betreft de reflectie van *algemene* beginselen van behoorlijk bestuur in (andere) rechtsbeginselen die *domeinspecifiek* zijn. Een voorbeeld bieden de beginselen van behoorlijk aanbestedingsrecht die voor een belangrijk deel van Unierechtelijke oorsprong zijn. Deze beginselen normeren het aanbesteden van overheidsopdrachten, óók in situaties waarin er van rechtstreekse werking van de ‘algemene’ beginselen van behoorlijk bestuur geen sprake is. Zie nader paragraaf 5.1.

3. Toepassing en rechtstreekse werking van de abbb

3.1 Abbb en publiekrechtelijk rechtshandelen (het nemen van besluiten)

De abbb zijn slechts gedeeltelijk gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht. Naast de wettelijke uitwerking van een beginsel blijft het corresponderende ongeschreven beginsel relevant. Appellabele besluiten worden – voor zover het geschil daar aanleiding toe geeft (zie hiervoor) – door de bestuursrechter rechtstreeks aan de abbb getoetst. Ook andere besluiten, zoals algemeen verbindende voorschriften (avv) die afkomstig zijn van het bestuur (ook wel ‘bestuurswetgeving’ genaamd), worden genormeerd door, en getoetst aan de abbb. In Nederland zijn deze wettelijke voorschriften niet voor rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter

en privaatrecht in dialoog ‘Naar een eenvormige(r) toetsing? *Maten en gewichten bij omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publiek- en privaatrecht*’ en de papers daarvan op de website www.recht-in-dialoog.eu. Zie verder J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, ‘Exceptieve toetsing: over operationalisering van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel’, *NTB* 2020/72, p. 181 e.v.

³⁰ M.W. Scheltema, ‘Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009 (6) 2, p 49 e.v., p. 56.

vatbaar (art. 8:3 lid 1 onder a Awb).³¹ De bestuursrechter kan een avv in de regel alleen *exceptief* toetsen in het kader van een beroep tegen een (ander) appellabel besluit. Daarnaast is de burgerlijke rechter bevoegd om op grond van onrechtmatige daad een avv te beoordelen. Op welke wijze – direct of indirect via een sluisformule – de rechter een avv aan (bepaalde) abbb moet toetsen is in Nederland sinds jaar en dag onderwerp van discussie geweest. Recent lijkt er weer schot in de zaak te zitten (zie hiervoor onder 2.4.2). De problematiek blijft hier verder rusten.

Hoofregel is dat het *publiekrechtelijke rechtshandelen* van bestuursorganen (kort gezegd: het nemen van besluiten) rechtstreeks aan de eisen van de abbb moet voldoen.

3.2 Abbb en feitelijk handelen van het bestuur

Hoe zit het met de (rechtstreekse) toepasselijkheid van de abbb op het feitelijk handelen van het bestuur? Het feitelijk handelen van het bestuur – ook van het ‘private bestuur’ – is divers. Te denken valt aan feitelijke werkzaamheden aan de infrastructuur (bijv. de aanleg, het onderhoud en de reconstructie van wegen, dijken, bruggen), fysiek optreden door de politie, aan allerlei vormen van informatieverstrekking en aan beslissingen die geen concreet rechtsgevolg bewerkstelligen (bijv. het vaststellen van een groenbeheerplan of een plan voor de straatverlichting).

De Algemene wet bestuursrecht kent in artikel 3:1 lid 2 een schakelbepaling die op ‘andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten’ de afdelingen 3:2 tot en met 3:4 van overeenkomstige toepassing verklaart, voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Naar algemeen wordt aangenomen vallen onder deze ‘andere handelingen’ zowel de feitelijke als – ik meld dit hier al – de privaatrechtelijke handelingen van ‘het bestuur’.

De strekking van deze Awb-schakelbepaling is beperkt. De bepaling ziet naar de letter van de wet op *bestuursorganen*³², dus op (formeel) ‘bestuur’ in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb. Verder is van belang dat de schakelbepaling in de Awb slechts betrekking heeft op een beperkt aantal (aspecten van) abbb. De eisen van zorgvuldigheid en belangenafweging zijn hiervan de belangrijkste.

De toepassing van de (geschreven en ongeschreven) abbb op feitelijk handelen van het bestuur is in Nederland in belangrijke mate het domein van de burgerlijke rechter. Deze rechter heeft

³¹ En dit heeft steevast kritiek ontmoet. Zie bijv. R. Schutgens, ‘Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien’, in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, VAR-reeks 158, Den Haag: Boomjuridisch 2017, p. 95 e.v.

³² De complicatie dat bestuursorganen – zijnde juridische ambten – als zodanig niet feitelijk handelen wordt nauwelijks geproblematiseerd. In de rechtspraktijk gaat het uiteraard om het feitelijk handelen van de (ambtelijke) medewerkers die werkzaam zijn ten behoeve van de bestuursorganen en – zo voeg ik daaraan toe – ten behoeve van het handelen van de rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht.

niet zelden de neiging om de beoordeling van het handelen te benaderen via de algemene privaatrechtelijke normen, zodat de abbb hier vooral indirect doorklinken.³³

Een goed voorbeeld betreft de overheidsaansprakelijkheid voor het verstrekken van onjuiste informatie. Hier speelt de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm een belangrijke rol.³⁴ Via deze open norm klinken diverse gezichtspunten door. In dit verband zijn onder meer de eisen van rechtszekerheid, vertrouwen, belangenafweging en zorgvuldigheid in beeld.³⁵ Ook op andere terreinen van de overheidsaansprakelijkheid wordt de zorgvuldigheidsnorm toegepast en klinken de eisen van de abbb diffuus door.³⁶

3.3 Abbb en privaatrechtelijk handelen van het bestuur

De beoordeling van het privaatrechtelijk handelen van de overheid is in Nederland in de regel het domein van de ‘burgerlijke’ rechter. Een van de kernvragen van de interne rechtsvergelijking op dit gebied is of, en zo ja in hoeverre en met welke intensiteit, dit handelen door de burgerlijke rechter de maat wordt genomen aan de hand van de abbb?

Het wonderlijke is dat men naar deze vraag kan kijken vanuit een bestuursrechtelijk én een privaatrechtelijk perspectief. Immers de burgerlijke rechter die privaatrechtelijk overheidshandelen de maat neemt kan men enerzijds louter beschouwen vanuit zijn formele functie als burgerlijke rechter, maar anderzijds kan men hem constitutioneel en historisch ook zien als *bestuursrechter-plaatsvervanger*. Dit wordt vaak uit het oog verloren. Het ruime Grondwettelijke competentiestelsel (art. 112 lid 1 en 2 GW) positioneert hem in ieder geval als algemeen bevoegde rechter voor zover de beslechting van een (bestuursrechtelijk) geschil door de wet niet aan een andere rechter is opgedragen.

In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad³⁷ in een serie standaardarresten aanvaard dat het privaatrechtelijk overheidshandelen *rechtstreeks* mag worden getoetst aan de abbb. In beginsel wordt hierbij géén onderscheid gemaakt tussen privaatrechtelijke rechtsverhoudingen die wél of juist niet door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst, tussen meerzijdige en eenzijdige (eigendomsrechtelijke) rechtshandelingen, tussen geschreven en ongeschreven abbb en evenmin tussen materiële en formele beginselen.

³³ De burgerlijke rechter kan echter ook via art. 3:14 BW rechtstreeks toepassing geven aan de abbb indien en voor zover aan de toepassingseisen van deze bepaling is voldaan. Genoemd artikel komt hierna nog ter sprake in verband met het privaatrechtelijk overheidshandelen.

³⁴ Hierover S.A.L. van de Sande, *Overheidsaansprakelijkheid voor het verstrekken van onjuiste informatie* (proefschrift Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 4.

³⁵ HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0219 ('s-Hertogenbosch/Van Zoggel)

³⁶ Naar hedendaags Nederlands recht kan de overheid de maat worden genomen aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Bekend is de rechtspraak over gevaarstelling en waarschuwingsplichten, die overigens lang niet altijd specifiek op de overheid ziet maar zeer goed toepasbaar is op haar beheeractiviteiten ten aanzien van het publiek domein. Vgl. bijv. HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, *NJ* 1989, 29, (Veenbroei), HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC 0549, *NJ* 1993/547 (Busbluis) en HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005, 105, (Jetblast).

³⁷ HR 27 maart 1987, *AB* 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg (Amsterdam/Ikon), HR 24 april 1992, *NJ* 1993/232, m.nt. Scheltema (Zeeland/Hoondert) en HR 9 april 1999, *NJ* 2000/219, m.nt. M. Scheltema (Coevorden – BV Gasfabriek).

Huisman en van Ommeren nemen dit in hun recente handboek *uitdrukkelijk* aan.³⁸ Ik heb geen reden om aan hun conclusie te twijfelen.

Althans, er is geen onderscheid *in theorie*. De praktijk is weerbarstig. Bij de toetsing aan de abbb kunnen er namelijk diverse (graduele) verschillen optreden, ook al omdat de burgerlijke rechter minder gespecialiseerd is in de operationalisering van de abbb dan de bestuursrechter. Verder kan het zo zijn dat aan een basisbeginsel wordt getoetst (bijv. het zorgvuldigheidsbeginsel), maar dat een specifieke uitwerking van een beginsel (bijv. een formele hoorplicht³⁹) géén toepassing vindt.

Een voorbeeld biedt het arrest Coevorden/Gasfabriek.⁴⁰ In deze zaak beëindigde de gemeente Coevorden een langdurige concessieovereenkomst door middel van een opzegging. De concessie zag (onder meer) op het recht van BV Gasfabriek (een plaatselijke gasleverancier) tot het hebben, onderhouden en gebruiken van gasleidingen in de gemeentegrond. De gemeente Coevorden kwam tot een eenzijdige beëindiging van de concessieafpraak omdat men wilde overstappen op een horizontaal geïntegreerde energievoorziening. BV Gasfabriek kon deze niet bieden. Alternatieven waren onderzocht en BV Gasfabriek was al geruime tijd van te voren op de hoogte gebracht van de plannen.

Uit het arrest volgt onder meer dat het zorgvuldigheidsbeginsel op de opzegging van toepassing is, maar dat dit niet betekent dat de gemeente de contractspartner BV Gasfabriek *onder de gegeven omstandigheden* formeel vooraf had moeten horen om aan de zorgvuldigheidseisen te kunnen voldoen. De Hoge Raad zegt niet dat de overheid bij het opzeggen van een privaatrechtelijke overeenkomst nooit hoeft te horen. In casu lijkt vooral van belang te zijn geweest dat het horen geen toegevoegde waarde had omdat de betrokken feiten en belangen voldoende inzichtelijk waren en de beëindiging van de overeenkomst niet als een donderslag bij heldere hemel kwam.

3.4 Het bestuursorgaanbegrip: gevolgen voor de normering

De standaardrechtspraak van de Hoge Raad over de rechtstreekse toetsing van privaatrechtelijk overheidshandelen aan de abbb staat in direct verband met artikel 3:14 BW. Deze bepaling luidt:

‘Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.’

Het *subject* van de bepaling (‘iemand’) is niet direct duidelijk. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis geeft Advocaat-Generaal Langemeijer in zijn conclusie bij het

³⁸ Zie uitdrukkelijk Huisman & Van Ommeren 2019, p. 481-483.

³⁹ De bestuursrechtelijke hoorplichten worden vooral gezien als uitwerkingen van het zorgvuldigheidsbeginsel. Pas tamelijk recent lijken onder invloed van het Unierecht ook waarborgaspecten (bijv. hoor en wederhoor) een rol te spelen die terugvoeren op andere beginselen (bijv. het verdedigingsbeginsel).

⁴⁰ HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199, AB 2000/36 m.nt. Th.G. Drupsteen; NJ 2000/2019 m.nt. M. Scheltema.

hierna te bespreken standaardarrest RZG/ComforMed een korte uiteenzetting. Hij wijst erop⁴¹ dat de bepaling van oorsprong (in de oorspronkelijke ontwerpen) niet was beperkt tot de (bestuursorganen van de) overheid. Bekend is het voorbeeld van de particuliere eigenaar van een dijk die een publiekrechtelijke beperking van zijn eigendomsrecht moet dulden in verband met de publieke functie van de dijk.⁴² In dit verband is het denkbaar dat particulieren zich gelet op de publieke functie van hun eigendom in bijzondere gevallen ook aan (bepaalde) publieke beginselen moeten houden.

In Nederland is dit echter omstreden materie. Zo verwierp Zijlstra⁴³ naar aanleiding van het rapport ‘De toekomst van de rechtsstaat’⁴⁴ van de Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid indertijd resoluut de gedachte dat particuliere organisaties die een ‘publieke taak’ uitoefenen – nog afgezien hoe men die taak dan vaststelt – aan de abbb zouden moeten worden onderworpen.

In de literatuur en de rechtspraak over artikel 3:14 BW is de focus uiteindelijk komen te liggen op een formeel overheidsbegrip. Jak wijst er uitdrukkelijk op dat de uiteindelijke bepaling ook niet de bedoeling heeft particulieren aan de abbb te binden.⁴⁵

Het al genoemde arrest RZG/ComforMed⁴⁶ is in dit kader nog altijd bepalend voor de invulling van het begrip ‘overheid’. De casus ziet op een aanbesteding door een ziekenfonds. Totdat in 2006 in Nederland de zgn. basisverzekering ziektekosten⁴⁷ werd ingevoerd was de verzekering tegen ziektekosten in handen van ziekenfondsen (vgl. in België de mutualiteiten) en particuliere ziektekostenverzekeraars. Een van de vragen die in casu rees was of het ziekenfonds bij de inkoop (en het aanbesteden) van medische hulpmiddelen (rechtstreeks) gebonden was aan de abbb? Het bedrijf ComforMed B.V. en het Hof meenden (met een beroep op art. 3:14 BW) van wèl.

De Hoge Raad maakte echter duidelijk dat het bestuursorgaanbegrip van de Algemene wet bestuursrecht bepalend is. Zonneklaar was dat het ziekenfonds (een privaatrechtelijke rechtspersoon) geen ‘a-orgaan’ was. Wat resteerde was de toets aan artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Volgens de Hoge Raad oefende het ziekenfonds bij het inkopen van medische hulpmiddelen geen publiekrechtelijke bevoegdheid uit zodat geen sprake was van een bestuursorgaan. De abbb misten daarom (rechtstreekse) toepassing.

Op deze benadering van de Hoge Raad is echter kritiek mogelijk. De aanbesteding waarvan de Hoge Raad aanneemt dat géén publiekrechtelijke bevoegdheid werd uitgeoefend betrof medische hulpmiddelen. Er was dus evident sprake van het verwerven van middelen ter

⁴¹ ECLI:NL:PHR:2003:AF2830. Zie onder punt 3.3. e.v. van de conclusie.

⁴² HR 12 januari 1923, *NJ* 1923 blz. 307, W 11060 (Schielandse Hooge Zeedijk).

⁴³ Zie S.E. Zijlstra, ‘Publieke taak’ en de democratische rechtsstaat’, in: *De publieke taak* (Staatsrechtconferentie 2002 VU Amsterdam; J.W. sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout red.), Deventer: Kluwer 2002, p. 75.

⁴⁴ Den Haag: Sdu 2002.

⁴⁵ Jak 2014, p. 93.

⁴⁶ HR 4 april 2003, *AB* 2003/365 m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/ComforMed).

⁴⁷ Die wordt uitgevoerd door particuliere verzekeraars.

uitvoering van een (wettelijke) publieke taak met bijbehorende bevoegdheden. Met het oog op dit soort gevallen is in de literatuur gepleit voor een ruimere toepassing van de publiekrechtelijke normen (abbb).⁴⁸

Het ziekenfonds had intussen *vrijwillig* – dus zonder daartoe verplicht te zijn op grond van het Europese recht – besloten om een aanbestedingsprocedure te volgen. Dit leidde vervolgens nog tot de vraag of er dan sprake was van binding aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel en eisen van transparantie en objectiviteit. De Hoge Raad koos in dit verband voor een privaatrechtelijke route door te overwegen dat de *vrijwillige keuze* van het ziekenfonds met zich bracht dat het fonds met het oog op de aanbesteding gehouden was ‘...*zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid,..*’

De *ComforMed*-casus wijkt op dit punt duidelijk af van het feitencomplex in het latere KLM-arrest.⁴⁹ In die zaak ging het om de aanbesteding door de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (KLM) – een naamloze Vennootschap naar privaatrecht – van schoonmaakwerkzaamheden met betrekking tot (wide body) vliegtuigen. Verschillende bedrijven werden voor een offerte benaderd. Daarna volgden proefschoonmaken en verzoeken om de prijs te heroverwegen. Toen KLM in zee ging met een bepaald bedrijf – niet de gegadigde met de laagste prijs – werd haar verweten dat werd gehandeld in strijd met de gunningscriteria en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Buiten discussie stond dat er sprake was van een volledig private aanbesteding waarbij het nationale en Europese aanbestedingsrecht in beginsel geen toepassing vonden. Toch meende het Hof dat er via de redelijkheid en billijkheid sprake was van binding aan de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht. De Hoge Raad liet echter de *contractsvrijheid* prevaleren⁵⁰ en achtte *uitsluiting* (KLM had *niet* (!) gekozen voor de toepassing van de het aanbestedingsrecht) van de bedoelde beginselen, onder bepaalde condities juist toelaatbaar.

3.5 Breuklijnen in de abbb-normering

In Nederland is het bestuursorgaanbegrip bepalend voor de rechtstreekse toepasselijkheid van de abbb op het privaatrechtelijk handelen van de overheid. Voor zover er géén sprake is van een orgaan van een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht (een zgn. ‘a-orgaan’) kan er alleen sprake zijn van een bestuursorgaan indien een andere persoon of college met enig openbaar gezag is bekleed (art. 1:1 lid aanhef en onder b Awb). Deze zgn. ‘b-organen’ zijn vervolgens – eenvoudig gezegd – alleen rechtstreeks aan de abbb onderworpen voor zover zij op basis van een *wettelijk* voorschrift bindende besluiten nemen (en dus overheidsgezag uitoefenen).

⁴⁸ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 479 onder verwijzing naar o.m. J.A.F. Peters & S.E. Zijlstra, ‘Onscherp, maar wel ver genoeg? Hybride organisaties en publiekrechtelijke normering’, in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 109 e.v.

⁴⁹ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

⁵⁰ Zie ook L.F. Wiggers-Rust, ‘Interne rechtsvergelijking. Een ‘must’ in de meergelaagde rechtsorde’, *NJB* 2017/1645, p. 2152

Op deze hoofdregel wordt in het belang van de rechtsbescherming één ‘strategische’ uitzondering aanvaard. Het betreft het geval waarin een ‘privaatrechtelijke rechtspersoon’ als doorgeefluik⁵¹ fungeert voor geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden en waarbij één ‘a-orgaan’ of meer ‘a-organen’ inhoudelijk in beslissende mate bepaalt of bepalen op grond van welke criteria verdeling en toekenning plaatsvindt. Bovendien dienen de geldelijke middelen dan in overwegende mate, minimaal voor twee derde, afkomstig te zijn van het ‘reguliere’ bestuur (wederom de ‘a-organen’).

Bij de ‘b-organen’ is de rechtstreeks normerende werking van de abbb exclusief gekoppeld aan het uitoefenen van overheidsgezag (het nemen van bindende besluiten). Bij de ‘a-organen’ ligt dit anders. Bij deze ‘reguliere’ bestuursorganen doet zich het opvallende verschijnsel voor dat het *gehele* handelen van de bestuursorganen⁵² én van de bijbehorende rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld – waarvan de bestuursorganen dus deel uitmaken – aan de publiekrechtelijke normering is onderworpen. Ook het privaatrechtelijk handelen van deze rechtspersoon wordt zo rechtstreeks door de abbb genormeerd. Naar Nederlands recht volgt de publiekrechtelijke normering hier uit de *verbondenheid* tussen bestuursorgaan en de (krachtens het publiekrecht ingestelde) rechtspersoon.

De koppeling van het bestuursorgaanbegrip aan de (vermogensrechtelijke) rechtspersoonlijkheid is in de literatuur geduid als een ‘willekeurig maar uiterst effectief aanknopingspunt’ voor een ruim begrip van het bestuur met bijbehorende normering.⁵³ Het publiekrechtelijke orgaanbegrip en het (vermogensrechtelijke) rechtspersoonsbegrip zijn formeel wettelijk verbonden, maar daarmee nog niet verwant. Toch is de verbinding bij de rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht niet alleen dogmatisch-conceptueel van aard, maar via de band van de te behartigen overheidstaak ook inhoudelijk. Bij de rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht gaat het immers steeds om entiteiten waaraan *een deel van de overheidstaak* is opgedragen (art. 2:1 lid 2 BW). Dit laatste is, als ik het goed zie, tevens een belangrijke publiekrechtelijke ratio⁵⁴ achter de brede toepasselijkheid van de abbb. De dogmatische discussies over binding tussen bestuursorgaan en rechtspersoon⁵⁵ laat ik hier

⁵¹ Zie de standaarduitspraak ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *JB* 2014/202. Voorzien van een uitvoerige bespreking door J.A.F. Peters, ‘Bestuursorgaan en publieke taak’, in: *JBSelect* (R.J.N. Schlössels, J.A.F. Peters, C.L.G.F.H. Albers, B.A. Beijen & S.D.P. Kole red.), 4^{de} herziene druk, Den Haag 2019, p. 13 e.v.

⁵² In de sfeer van de ‘a-organen’ kan het zowel gaan om organen die openbaar gezag uitoefenen als om organen die louter feitelijk handelen.

⁵³ J.A.F. Peters, ‘Verbonden begrippen. Over de verhouding tussen de subjectbegrippen bestuursorgaan en rechtspersoon’, in: *25jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels red.), Deventer: WoltersKluwer 2019, p. 276.

⁵⁴ Vgl. Peters 2019, p. 276 die ook pleit voor een benadering van de binding vanuit het publiekrechtelijke doel.

⁵⁵ Sommigen pleiten voor het overbrengen van de regeling van art. 2:1 BW naar de Algemene wet bestuursrecht zodat de binding tussen orgaan en rechtspersoon in het bestuursrecht wordt versterkt. Zie F. Van Ommeren, ‘Artikel 2:1 BW hoort in de Awb. Over publiekrechtelijke rechtspersonen en hun bestuursorganen’, in: *25jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels red.), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 281 e.v.

verder rusten. Het gaat hier vooral om de gevolgen voor de publiekrechtelijke normering en de toepasselijkheid van de abbb.

Wie een goed beeld wil krijgen van de toepassing van de abbb op overheidshandelen kan naar Nederlands recht, hoe dan ook, niet om het (starre en formele) bestuurlijk organisatierecht heen. Dit recht drukt een stempel op de normering en de toepassing van de abbb. Het is ook de oorzaak van diverse breuklijnen, inconsistenties en zwakke plekken in de publiekrechtelijke normering.

Ik volsta opnieuw met enkele voorbeelden. Het privaatrechtelijk handelen van openbare universiteiten (rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht) valt in Nederland bijvoorbeeld onder de normerende werking van de abbb, dat van universiteiten op een bijzondere grondslag in de regel niet.⁵⁶ Dit zijn namelijk privaatrechtelijke rechtspersonen (stichtingsvorm).

Afhankelijk van de organisatie van een zelfstandig bestuursorgaan geldt iets soortgelijks. Zelfstandige bestuursorganen zijn organen van het openbaar bestuur op Rijksniveau die niet in algemene zin hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister en bijgevolg een relatief zelfstandige positie hebben waar het aankomt op verantwoordelijkheid en politieke controle. Het privaatrechtelijk handelen van het al eerder genoemde Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) – althans de rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht – wordt bijvoorbeeld rechtstreeks genormeerd door de abbb. Bij de eveneens genoemde Autoriteit Financiële Markten (AFM) ligt dit anders omdat dit een privaatrechtelijke stichting is. Strikt genomen betekent dit dat als het UWV koffie inkoopt voor medewerkers op de koop de abbb toepassing vinden, maar bij de AFM (in beginsel) niet...(ik ben benieuwd wat de Belgische collega's hiervan vinden).

Breuklijnen in de normering kunnen ook dwars door rechtspersonen lopen. Afhankelijk van hoe strikt men de ‘Comformed’-rechtspraak (zie hiervoor) toepast zal een particulier garagebedrijf dat voertuigen keurt de abbb bijvoorbeeld (ook) in acht moeten nemen indien het geijkte keuringsapparaat aanschafft, maar uiteraard niet als het de aankoop van gewone onderdelen betreft voor de reparatiewerkplaats.

Door interventies van de wetgever kunnen onderdelen van het bestuur – zonder dat hun overheidstaak of bevoegdheid *inhoudelijk* wijzigt (!) – bovendien in een ander normerend regime belanden. Er zijn diverse voorbeelden. Zo werd het Nederlandse Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) dat krachtens de wet is belast met het afgeven van rijvaardigheidsverklaringen en medische geschiktheidsverklaringen (met het oog op het verkrijgen en behouden van rijbewijzen) in 2013 getransformeerd van een privaatrechtelijke stichting in een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht (art. 4z lid 1 Wegenverkeerswet 1994). Hierdoor werd de normerende werking van de abbb strikt genomen verbreed (van ‘b- orgaan’ naar ‘a- orgaan’).

⁵⁶ Zie over het onderscheid bijv. P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boomjuridisch 2019, p. 330 e.v. Bij de bijzondere universiteiten sijn de abbb bijv. door in het kader van de beroepen tegen examenbeslissingen. Zie over deze beslissingen en het bestuursrecht: Zoontjens 2019, p. 446 e.v.

Een verstrekkender voorbeeld betreft de publiekrechtelijke transformatie of *verstatelijking* van de privaatrechtelijke rechtspersoon ProRail BV. Deze vennootschap waarvan de aandelen (indirect) volledig in handen zijn van de Staat ontstond uit enkele rechtsvoorgangers die het resultaat waren van de verzelfstandiging in de sfeer van de aanleg, het beheer, de instandhouding en de verkeersleiding betreffende het spoor. ProRail opereert op grond van een concessie als vennootschap in een niet-concurrerende markt. De vennootschap oefent mede publieke taken uit. Het optreden is echter in hoofdzaak privaatrechtelijk van aard (o.m. door het sluiten van aanbestedings- en beheerovereenkomsten).

Nieuwe beleidsmatige inzichten – publieke taken die uit publieke middelen worden gefinancierd dienen bij voorkeur binnen een publiekrechtelijke organisatievorm te worden verricht – hebben er inmiddels toe geleid dat er in Nederland een Wet publiekrechtelijke omvorming ProRail⁵⁷ in de maak is. Deze wet vormt ProRail om tot een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht. De abbb zullen dan rechtstreeks en volledig van toepassing zijn, ook wanneer er privaatrechtelijk (en feitelijk) wordt gehandeld. Het merkwaardige is dat ProRail door de bank genomen echter geen andere taken gaat verrichten.

De Nederlandse wetgever kan via het spreken van één machtswoord de rechtstreekse werking van de abbb uitsluiten door te bepalen dat er geen sprake is van een formeel bestuursorgaan. Een voorbeeld betreft de recente oprichting van de Naamloze Vennootschap Invest-NL. Dit is een zgn. ‘revolverend fonds’⁵⁸ dat onmiskenbaar als publieke taak heeft om direct of indirect voor eigen rekening en risico gelden beschikbaar te stellen aan ondernemingen met het oog op het bevorderen van maatschappelijke transitieopgaven (klimaattransitie) en innovatieve ontwikkelingen. De vennootschap is een private onderneming die publieke middelen (risicodragend) inzet. De aandelen zijn echter *volledig* in handen van de Staat. Opmerkelijk is dat de Machtigingswet betreffende de oprichting van Invest-NL (art. 5 lid 2) *uitdrukkelijk* bepaalt dat de vennootschap géén bestuursorgaan is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en dat bij haar taakuitoefening géén openbaar gezag aan de orde is.

Dit heeft tot gevolg dat beslissingen betreffende verstrekkingen of faciliteiten niet (rechtstreeks) door de abbb kunnen worden genormeerd. In dit voorbeeld is per saldo een publieke taak verschoven, maar nu van de publieke sfeer (vgl. het beëindigde Nederlands Investeringsagentschap⁵⁹) naar een ‘private’ onderneming. Deze verschuiving heeft belangrijke gevolgen voor de toepasselijkheid van de abbb. In de literatuur is erop gewezen dat dit problematisch is en onder meer gevolgen kan hebben voor eisen transparantie, gelijkheid, zorgvuldigheid en motivering.⁶⁰

4. De abbb en de poortfunctie van de redelijk en billijkheid

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 396, 2.

⁵⁸ J. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

⁵⁹ Een agentschap is een *begrotingstechnisch verzelfstandigd* onderdeel van een ministerie opererend onder ministeriële verantwoordelijkheid.

⁶⁰ Van den Brink 2018, p. 34-36.

In paragraaf 2.4 is al kort stilgestaan bij de zgn. ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid. Via deze privaatrechtelijke normen (zie i.h.b. art. 6:2 BW en art. 6:248 BW) kunnen de abbb indirect doorwerken in de *verbintenisrechtelijke* verhoudingen tussen overheid en burger. Als de abbb doorwerken via de bedoelde privaatrechtelijke normen wordt aangenomen dat er hogere eisen worden gesteld aan de eisen van redelijkheid en billijkheid dan bij particulieren.⁶¹

4.1 Reikwijdte ‘poortfunctie’

De ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid speelt in diverse verbintenisrechtelijke verhoudingen tussen overheid en burger.⁶² Gedacht kan worden aan vermogensrechtelijke verbintenissen op grond van de wet (bijv. aansprakelijkheid van de overheid) of op grond van bijv. rechtshandeling (bijv. een overeenkomst). In het kader van de onrechtmatige overheidsdaad vervult ook de maatschappelijke zorgvuldigheid een ‘poortfunctie’ voor de abbb (zie ook paragraaf 2.4.2 en 3.2).

Sinds het klassieke arrest *Saladin/HBU*⁶³ uit de jaren zestig van de vorige eeuw staat vast dat in contractuele relaties de maatschappelijke positie van en de onderlinge verhouding tussen partijen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in strijd is met de goede trouw (tegenwoordig: redelijkheid en billijkheid). Zo is het mogelijk om in het privaatrecht met de bijzondere positie van de overheid rekening te houden. Het huidige Burgerlijk Wetboek bepaalt in artikel 3:12 uitdrukkelijk dat bij het invullen van de eisen van redelijkheid en billijkheid onder meer rekening moet worden gehouden met ‘algemeen erkende rechtsbeginselen’. Het antwoord op de vraag of, en wanneer, binnen de kaders van de redelijkheid en billijkheid aandacht moet uitgaan naar de abbb was bijvoorbeeld aan de orde in het bekende standaardarrest *Apeldoorn/Duisterhof* over de (gewenste) uitbreiding van een kinderopvang op gehuurde gemeentegrond.⁶⁴ In cassatie reageerde de Hoge Raad principieel op de opvatting van de rechtbank dat bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid alleen ‘civielrechtelijke belangen’ een rol zouden mogen spelen:

‘Vooropgesteld moet worden dat de Rechtbank kennelijk — en terecht — art. 6:248 lid 2 BW tot uitgangspunt heeft genomen. Zij heeft ook aangekondigd in het kader van die bepaling tot haar voormelde afweging te willen komen.

Onjuist is echter in elk geval de door de Rechtbank kennelijk gehanteerde gedachte dat in dat kader alleen met 'civielrechtelijke belangen' rekening zou kunnen worden gehouden, wat de Rechtbank bij die term ook voor ogen mag hebben gestaan. Integendeel moet worden aangenomen dat in het kader van de voormelde bepaling, toegepast op overeenkomsten met de overheid, ook algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerking

⁶¹ Vgl. bijv. de conclusie van Advocaat-Generaal Niessen bij HR 27 april 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AV0432), ECLI:NL:PHR:2007:AV0432, onder verwijzing naar het proefschrift van Tjittes (punt 3.31).

⁶² Zie recent over de redelijkheid en billijkheid in de relaties tussen burger en overheid: R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht* (oratie Heerlen OU), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

⁶³ HR 19 mei 1967, NJ 1967/261 m.nt. G.J. Scholten.

⁶⁴ HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/363 m.nt. A.R. Bloembergen (*Apeldoorn/Duisterhof*).

dienen te worden genomen, zoals ook strookt met de art. 3:12 en 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb).’

Dit lijkt opnieuw een duidelijke benadering. Maar hoe dient het begrip ‘overheid’ in deze context te worden uitgelegd? Er zijn naar mijn mening twee denkrichtingen:

De eerste is dat het begrip óók hier – net als bij de rechtstreekse werking van de abbb – beperkt wordt uitgelegd. Het begrip ‘bestuursorgaan’ (vgl. de hiervoor besproken *ComforMed*-lijn) is dan leidend. Hierdoor wordt voorkomen dat de toepassing van de abbb zich via de open privaatrechtelijke normen verder verspreidt buiten de sfeer van het formele (Awb-)bestuur. Maar een zodanige beperking sluit wellicht minder goed aan bij het flexibele karakter van deze privaatrechtelijke normen, die ook in het grijze overgangsgedebied tussen overheid en private sector uitstekend maatwerk kunnen (en volgens mij ook moeten) leveren.

Een tweede, alternatieve benadering is daarom denkbaar. Deze benadering staat een wat ruimere invulling van het overheidsbegrip toe in situaties waarin de abbb doorwerken via de redelijkheid en billijkheid. Dit zou met zich brengen dat de abbb via de redelijkheid en billijkheid een ruimere rol zouden kunnen spelen in de sfeer van de ‘b-organen’, bij privaatrechtelijke rechtspersonen met een (ongeschreven) publieke taak of zelfs bij bedrijven met een meerderheidsbelang van de overheid. Deze lijn zou – het is speculatief – verenigbaar zijn met het *ComforMed*-arrest omdat het Ziekenfonds daar via de redelijkheid en billijkheid toch werd gehouden aan de beginselen van behoorlijk aanbestedingsrecht. Een algemene conclusie is echter lastig omdat het in die zaak ging om domeinspecifieke beginselen en bovendien om vrijwillige aanvaarding.

4.2 Verschillen in normering: nogmaals rechtstreeks versus indirect

In civiele rechtspraak van de gerechtshoven en de rechtbanken lijkt de rechtstreekse toetsing aan de abbb⁶⁵ en doorwerking via de redelijkheid en billijkheid soms in elkaar te vloeien. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank Den Haag.⁶⁶ Deze uitspraak gaat over de toelaatbaarheid van beleid bij (het doen van een aanbod tot) het omzetten van erfpachtrechten in (bloot) eigendom. Interessant is r.o. 4.13 waarin de rechtstreekse toets aan de abbb lijkt samen te vloeien met de ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid:

‘De gemeente dient als publiekrechtelijke rechtspersoon bij het doen van een aanbod tot koop de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht in acht te nemen. Dit betekent dat de burgerlijke rechter het overheidshandelen van de Gemeente niet alleen aan privaatrechtelijke normen, waaronder de redelijkheid en billijkheid, dient te toetsen, maar tevens aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel

⁶⁵ Via art. 3:14 BW. De rechtspraak geeft diverse voorbeelden waarbij de toetsing aan abbb (waaronder ook aan relatief nieuwe zoals het transparantiebeginsel) uitvoerig en inzichtelijk plaatsvindt. Het vermelden waard is bijvoorbeeld de rechtspraak waarbij derden de overheid aanspreken op het (verondersteld onrechtmatig) aangaan en uitvoeren van koop- of huurovereenkomsten. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2020, ECLI:NL:GHARL:7856 (het Viadukt) en Hof Den Bosch 14 januari 2020, ECLI:GHSHE:2020:79 (verkoop Midi-Theater Tilburg).

⁶⁶ Rechtbank den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139.

en het zorgvuldigheidsbeginsel. Gelet op artikel 3:12 BW in verbinding met artikel 3:14 BW maken de algemene beginselen van behoorlijk bestuur deel uit van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen.'

Of deze benadering problematisch is, hangt mede af van het antwoord op de vraag of doorwerking van de abbb via de algemene privaatrechtelijke normen een gelijke of op zijn minst vergelijkbare bescherming kan bieden als een rechtstreekse toets. Het antwoord op deze vraag is vanuit het bestuursrecht niet eenvoudig te geven.⁶⁷ Een vergelijkbaar beschermingsniveau wordt in de literatuur mogelijk geacht, zelfs wanneer er niet expliciet aan de abbb wordt gerefereerd.⁶⁸

Toch wijzen Huisman en Van Ommeren erop dat indien de abbb door de rechter worden 'verdisconteerd' in open privaatrechtelijke normen dit gevolgen heeft voor de scherpte en nauwkeurigheid waarmee de rechter de abbb toepast. Soms worden beginselen niet concreet benoemd of krijgen deze een invulling in wisselwerking met privaatrechtelijke beginselen en uitgangspunten.⁶⁹ Overigens zijn er ook uitspraken die overtuigend blijken te geven van een nauwkeurige toets aan (aspecten van) de abbb.⁷⁰ Empirisch onderzoek en interne rechtsvergelijking (waarbij vooral ook het perspectief van de civilisten van groot belang is!) kunnen ons hier een stapje verder brengen.

De stelling dat de toetsing aan de abbb via open privaatrechtelijke normen minder bescherming biedt dan rechtstreekse toetsing is in ieder geval in abstracto te ongenueanceerd. Veel hangt af van de wijze waarop en de gedetailleerdheid waarmee de rechter de 'poortfunctie' operationaliseert. Afstemming tussen de bestuursrechtspraak en de rechtspraak van de burgerlijke rechter is in dit verband een belangrijke randvoorwaarde.

5. Doorwerking abbb naar semioverheden en – organisaties van – private actoren: enkele opmerkingen

De *rechtstreekse* toepasselijkheid van de abbb wordt naar Nederlands recht – zo bleek – vergaand beheerst door het begrip 'bestuursorgaan'. Een koppeling van het vraagstuk van de normering aan het vraagstuk van de (formele) bestuurlijke organisatie leidt echter niet over de volle breedte tot bevredigende uitkomsten. Er ontstaan breukvlakken, inconsistenties en

⁶⁷ Zie ook reeds paragraaf 2.4.

⁶⁸ Jak spreekt dan over 'congruentie'. Zie jak 2014, p. 94 e.v.

⁶⁹ Huisman en van Ommeren wijzen onder meer op enkele standaardarresten van de Hoge Raad. Zo werd de Hoge Raad geconfronteerd met de problematiek van de *belangen van derden in contractuele verhoudingen*. Hoewel contracten tussen partijen gelden zal bij overeenkomsten met de overheid ook aandacht moeten uitgaan naar de positie van derden. De rechter erkent dit, maar dit betekent nog niet dat in het kader van de belangenafweging expliciet aandacht wordt besteed aan de publiekrechtelijke eisen van zorgvuldigheid en evenredigheid (vgl. HR 20 mei 1994, NJ 1995/691 m.nt. C.J.H. Brunner (De negende van OMA)). De abbb (bijv. het gelijkheidsbeginsel) kunnen zelfs met zich brengen dat via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een contract met de overheid niet hoeft te worden nagekomen. Ook hier is het van belang dat de werking van het betrokken abbb wordt geëxpliciteerd (zie bijv. HR 15 maart 1991, NJ 1991/399 (Körfer/Heerlen)).

⁷⁰ Een mooi voorbeeld dat ik aantrof: Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (gewijzigd retributiebeleid opstalrechten Haarlemmermeer). Vgl. verder: Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:610 (verkoop vervuilde grond Bussum).

bepaalde aspecten van de publieke taakuitoefening lijken onvoldoende aan publiekrechtelijke normering te worden onderworpen. Een voorbeeld dat nog recent de complexe problematiek illustreerde betreft de casus van het relatief onbekende Inlichtingenbureau, een stichting die voortkomt uit gemeentelijke samenwerking (Vereniging Nederlandse Gemeenten) en het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁷¹ Deze privaatrechtelijke rechtspersoon blijkt een spin in het web te zijn waar het aankomt op het koppelen en genereren van informatie ten behoeve van het onderzoeken van de rechtmatigheid van (bijstand)uitkeringen. Het gaat evident om het faciliteren van een publieke (kern)taak door een ‘private’ actor waarbij publieke verantwoording, controle en normering onvoldoende helder blijken te zijn.

Voor het privaatrechtelijk (i.h.b. vermogensrechtelijk) handelen van actoren in het schemergebied tussen overheid en maatschappij is in ieder geval de werking van de abbb via de ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid nuttig en verdedigbaar. Bij de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid kan deze doorwerking plaatsvinden via de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. De toetsing kan verder vorm en inhoud krijgen door de erkenning van domeinspecieke beginselen die nauw verwant zijn aan de ‘basis’-abbb (beginseldifferentiatie). Een variabele toets effent de weg om de publiekrechtelijke normering in verschillende intensiteiten uit te smeren over het schemergebied. De schaal verloopt dan via semioverheden met een onmiskenbare (wettelijke) publieke taakopdracht, bedrijven en instellingen met een overwegende overheidsinvloed op het beheer en allerlei vormen van publiek-private samenwerking⁷² (waar de privaatrechtelijke normering de boventoon voert maar een publieke opdracht deze normering kan kleuren). Deze gedachte vindt ook bij anderen steun. Zij is bijvoorbeeld in andere woorden aan het papier toevertrouwd door Jak die pleit voor het verruimen van de publiekrechtelijke beginselnormering door een oprekking van het bestuursorgaanbegrip⁷³, hoewel dit al verder gaat dan mijn suggestie.

Zijlstra – die dit soort gedachten altijd fel van kritiek heeft voorzien – moet direct worden toegegeven dat de aandacht gericht moet zijn op ‘*de overheid in vermomming*’.⁷⁴ Voorkomen moet worden dat de normering van de abbb zich binnen het vrije maatschappelijke domein als een olievlek verspreidt. De publieke taakuitoefening en de aard van de betrokken belangen dienen echter zelfstandig gewicht in de schaal te leggen bij het bepalen van de aard en inhoud van de normering. Dit dient de eisen van de democratische rechtsstaat en de belangen van het publieke gemeenschapsverband. Grenzen trekken zal onmiskenbaar lastig zijn omdat het begrip ‘publieke taak’ nu eenmaal geen vaststaande inhoud heeft. Inhoudsloos is het begrip echter

⁷¹ Zie bijv. de publicatie in *Trouw* dd. 9 januari 2021 ‘Een uitkering gehad? Het Inlichtingenbureau ziet alles’.

⁷² Nog relatief nieuw zijn de ontwikkelingen op het vlak van het zgn. ‘right to challenge’ waarbij burgers uitvoerende taken van decentrale overheden overnemen. Hierover W. den Ouden, G. Boogaard & E.M.M.A. Driessen, *Right to challenge. Een studie naar de mogelijkheden voor een algemene regeling voor het ‘Right to Challenge’ en andere burgerinitiatieven in Nederland*, Universiteit Leiden Instituut voor Publiekrecht 2019.

⁷³ Bijv. Jak 2019, p. 108 e.v.

⁷⁴ S.E. Zijlstra, ‘De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?’, *NTB* 2018/54, p. 317, onder verwijzing naar zijn VAR-preadvies. Zie S.E. Zijlstra, ‘De grenzen van de overheid’, in: *Privaat bestuur?*, VAR-reeks 140, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 74. Of het uitsluitend gaat om het aspect van de overwegende overheidsinvloed op het beheer, is vers twee.

geenszins.⁷⁵ Wie het publiekrecht materieel benadert⁷⁶ zal moeten leven met de idee dat de groep actoren waarop dit recht van toepassing behoort te zijn geen gesloten verzameling is.

Ter afsluiting wordt hierna kort ingegaan op enkele specifieke domeinen die illustreren dat de toepassing van de abbb en de toetsing aan deze (en verwante) normen vraagt om maatwerk en een geïntegreerde aanpak van bestuursrechter en burgerlijke rechter.

5.1 Het aanbestedingsdomein

Het aanbestedingsrecht is een interessant rechtsgebied als het gaat om de toepasselijkheid van de abbb. Op de eerste plaats gelden er binnen dit rechtsgebied domeinspecifieke beginselen. Kijken we naar de Aanbestedingswet 2012 (die is gebaseerd op de Europese aanbestedingsrichtlijnen) dan zijn dragende beginselen het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Deze beginselen overlappen grotendeels met de ‘reguliere’ abbb, hoewel vooral het transparantiebeginsel extra dimensies kent.

Het aanbestedingsrecht kent een verruimd overheids- of bestuursbegrip. Vooral in de sfeer van de ‘publiekrechtelijke instelling’ treedt het *materieel-functionele karakter* van het overheidsbegrip op de voorgrond. Het gaat om een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit (zie art. 1.1 Aanbestedingswet 2012). Deze omschrijving heeft geleid tot een grote hoeveel complexe (Unierechtelijke) rechtspraak waarin het overheids- of bestuursbegrip ruim en sterk inhoudelijk wordt uitgelegd. Nationale indelingen en kwalificaties zijn hier niet bepalend.⁷⁷

Een groot aantal factoren speelt een rol: de aanwezigheid van een wettelijke publieke taak, invloed van de Staat om redenen van algemeen belang (criterium van overheidsinvloed), de mate en aard van de (vrije) concurrentie, de kenmerken van de bedrijfsvoering en – kort gezegd – de invloed van de kernoverheid op een instelling (waarbij gekeken wordt naar de niet-cumulatieve aspecten van financiering, toezicht/beheer en benoeming van de (meerderheid van de) bestuurders). Op deze plaats is vooral van belang dat door het ruimere overheids- of bestuursbegrip in het aanbestedingsrecht ook de domeinspecifieke abbb een breed toepassingsbereik kennen. De beginselen zijn niet beperkt tot de ‘kernoverheid’. Ook diverse overheidsbedrijven komen in beeld.

5.2 Het sociaal domein

⁷⁵ Vgl. H. Peters, ‘De ledigheid van de publieke taak’, *AAe* 2017, p. 104 e.v.

⁷⁶ We kunnen hier veel leren van andere rechtsstelsels, waaronder ook het Unierecht (zie hierna). In mijn oratie ging ik indertijd al in op de materiële benadering van het publiekrecht en publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen in Duitsland en Frankrijk. R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrecht* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

⁷⁷ Enkele standaarduitspraken: HvJ EG 10 mei 2001, zaken C-223/99 en 260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (Agora); HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-2014/00, ECLI:EU:C:2003:276 (Commissie/Spanje); HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (Korhonen) en HvJ EU 11 juni 2009, zaak C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (AOK Rheinland/Hamburg).

De Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo) is de wet die in Nederland onder meer de ondersteuning door voorzieningen beoogt te borgen voor hen die hiervan afhankelijk zijn. Het gaat onder meer om huishoudelijke hulp, woningaanpassingen (bijv. traplift) en vervoersvoorzieningen (bijv. scootmobiel).

De wetgever heeft in het kader van deze wet de positie van het formele besluit teruggedrongen. Dit resulteerde in een stelsel waarbij een belanghebbende niet direct een aanvraag voor een voorziening kan doen, maar eerst – na een melding – een zgn. ‘keukentafelgesprek’ krijgt. Tijdens dit gesprek worden alle opties voor hulp (ook mantelzorg) besproken. Pas daarna kan een aanvraag voor een maatwerkvoorziening aan de orde zijn. Dit stelsel heeft direct de tekortkomingen van de Nederlandse bestuursrechtelijke rechtsbescherming blootgelegd. De bevoegdheid van de bestuursrechter en diens toetsing aan de abbb is, zoals gesteld, in de regel afhankelijk van de aanwezigheid van een appellabel besluit (art. 8:1 Awb). Als dit er niet is, bijvoorbeeld omdat er een geschil bestaat met een private uitvoerder, laat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming het afweten. Inmiddels wordt gewerkt aan het verbreden van de rechtsbescherming. Deze moet ‘integraler’ worden en bijvoorbeeld ook kunnen zien op Wmo-uitvoeringshandelingen.

Verburg constateert – onder verwijzing naar anderen – dat goed valt te verdedigen dat geschillen over de Wmo-voorzieningen naar hun aard bestuursrechtelijk zijn, ‘...ook als het gaat om de feitelijke uitvoering door private partijen...’.⁷⁸ In de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag als aanspreekpunt voor de uitvoering van het maatwerkbesluit wordt ruimte gezien voor een toegang tot de bestuursrechter. Van hier is het vervolgens een kleine stap naar de normering. Als er in verband met uitvoerende handelingen van private actoren bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt opengesteld, dan is het een logische gedachte dat op dit handelen óók de publiekrechtelijke normering van toepassing is. De vermaatschappelijking van het bestuursrecht leert hier dat het niet wenselijk is de normerende werking van de abbb te rigide te begrenzen en dat rechterlijke instanties aandacht moeten hebben voor de eenheid van een geschil. Deze problematiek maakt ook duidelijk dat het geen pas geeft om de toetsing aan de abbb anders in te vullen afhankelijk van de aard van een handeling of actor indien het voorliggende geschil naar zijn aard als bestuursrechtelijk moet worden aangemerkt.

5.3 Het domein van de zelfregulering

Het overheidsdomein en de maatschappelijke domeinen raken door diverse processen (o.m. globalisering, digitalisering, ontstatelijking, netwerksamenleving) steeds intensiever met elkaar vervlochten. Situaties waarin de overheid eerst taken zelf behartigde en deze vervolgens ‘overlaat’ aan de maatschappij leiden echter in veel gevallen niet tot een scherpe waterscheiding. Vaak blijft de overheid in min of meerdere mate ‘verzelfstandigde’ taken via normstelling, toezicht en handhaving monitoren. Ook maakt de overheid meer dan eens gebruik

⁷⁸ D.A. Verburg, ‘Tussen keukentafel en besluit: integrale rechtsbescherming in de Wmo 2015’, *JBplus* 2020/1, p. 54.

van de zelfregulerende kracht van maatschappelijke organisaties. Private zelfregulering neemt dan voor de (aangesloten) actoren de functie van overheidsregulering geheel of ten dele over.⁷⁹

Vervlechting treedt ook op doordat de overheid via wetgeving specifieke publiekrechtelijke gevolgen aan zelfregulering verbindt (zie hierna). De overheid kan zelfs algemeen verbindende voorschriften tot stand brengt waarin naar private normen van organisaties wordt verwezen. Er ontstaat dan wetgeving waarvan de inhoud van private oorsprong is.

Berucht is de problematiek van de technische NEN-normen. Hier rees de vraag wat het karakter is van deze normen waarnaar de bouwregelgeving bijvoorbeeld veelvuldig verwijst. Deze normen – waarop auteursrecht rust – worden opgesteld door de (privaatrechtelijke) rechtspersoon Stichting Nederlands Normalisatie Instituut. De Nederlandse rechtspraak heeft zich in bochten moeten wringen en bepaald dat het hier gaat om private normen die géén algemeen verbindende voorschriften zijn.⁸⁰ De normen hoeven daarom niet bekend te worden gemaakt op dezelfde wijze als wetgeving. Maar door de verwijzing ernaar in ‘echte’ wetgeving zijn het wèl naar buiten werkende de burgers bindende regels. Dit dwingt daarom tot een alternatieve bekendmaking en beschikbaarstelling.

De overheid verbindt vervolgens regelmatig diverse publiekrechtelijke gevolgen aan private conformiteitsbeoordelingen (‘certificering’). Via deze beoordeling aan de hand van private normen (door een maatschappelijke instantie) wordt de uiteindelijke publiekrechtelijke toestemming als het ware ‘voorgekookt’. Zo kan het verkrijgen van een vergunning afhankelijk worden gesteld van een voorafgaande ‘private’ kwaliteits- of conformiteitsbeoordeling. In deze sfeer rijzen echter talrijke vragen van rechtsstatelijke aard⁸¹ waaronder de vraag of, en zo ja in hoeverre en hoe de abbb (indirect) toepassing dienen te vinden bij de private processen van normering en beoordeling. Dit betreft een grotendeels nog onontgonnen terrein.

Aparte vermelding verdient ten slotte de situatie waarin een privaatrechtelijke instantie als een volwaardig bestuursorgaan (b-orgaan) besluiten neemt en waarbij (van oorsprong) private normen als beoordelingskader fungeren. Een voorbeeld betreft de specialistenregistratie door een beroepsorganisatie van medisch specialisten. Op grond van de Wet op de beroepen in de individuele Gezondheidszorg (Wet BIG) bestaat ook hier de mogelijkheid voor ‘zelfregulering’. Een representatieve beroepsorganisatie van specialisten kan een specialistenregister instellen en beheren (zie artikel 14 Wet BIG). De te registreren titel kan vervolgens door de bevoegde minister als wettelijk erkende specialistentitel worden aangemerkt. De wet bepaalt verder dat de beroepsorganisatie (die dus zelf géén bestuursorgaan is!) regels stelt over de besluitvormingsprocedure betreffende registratie. Deze regels zien

⁷⁹ Zie over de begrippen bijvoorbeeld M.W. Scheltema, *Effectiviteit van privaatrechtelijke regulering: is dat meetbaar?* (oratie Rotterdam), Boom Juridische uitgevers 2012, p. 8-9.

⁸⁰ Zie i.h.b. ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750, *JB* 2011/65 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (City Crash) en HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *JB* 2012/178 m.nt. J.J. Sillen, *AB* 2012/228 m.nt. F.J. van Ommeren (Knooble).

⁸¹ Zie i.h.b. A.R. Neerhof, *Zichtbare handen bij zelfregulering op markten. Voor democratie, rechtsstaat, vrijhandel en vrije mededinging* (oratie VU) 2018.

tevens op inhoudelijke aspecten van vakbekwaamheid. De (interne) regelingen behoeven ministeriële goedkeuring.

Binnen de private beroepsorganisatie zijn zgn. ‘registratiecommissies’ belast met het nemen van besluiten betreffende de inschrijving in het desbetreffende register. Deze commissies zijn gelet op het publiekrechtelijke rechtsgevolg van hun beslissingen op grond van de Wet BIG wèl bestuursorgaan. Het samenspel tussen privaatrecht en publiekrecht heeft hier opmerkelijke gevolgen. Ondanks de publiekrechtelijke goedkeuring van de interne regels zijn en blijven dit volgens de rechtspraak privaatrechtelijke normen. Deze normen kunnen bij de besluitvorming niet binden op een manier waarop algemeen verbindende voorschriften dat doen.

Dit gegeven beïnvloedt de rechterlijke toetsing. Uit de rechtspraak volgt bijvoorbeeld dat bij een registratiebesluit niet kan worden volstaan met een verwijzing naar de regels (waarin afwegingen liggen besloten), maar dat de evenredigheid van een beslissing steeds in het concrete geval moet worden beoordeeld.⁸² Een grondig doordacht concept met betrekking tot de normerende werking van de abbb en de wijze van toetsing aan deze normen lijkt echter te ontbreken.

6. Tot besluit

Het ‘besluit’ van dit paper kan kort zijn. De bevindingen naar aanleiding van de vraagpunten volgen immers naar aanleiding van de interne rechtsvergelijking. Reden om de abbb op een (rechts)handelen of nalaten toe te passen kan geen andere zijn dan dat men concludeert dat dit handelen of nalaten de bestuursfunctie betreft en dus naar zijn inhoud beschouwd bestuursrechtelijke van aard is betreft. Hoe men de bestuursfunctie definieert en begrenst is dus bepalend voor de toepasselijkheid van de abbb. Een formeel-organisatorische begrenzing kan houvast bieden, maar is niet altijd bevredigend. De hedendaagse complexe vervlechting van overheid en maatschappij vraagt (naar Nederlands recht) om een herijking (verruiming) van het *toepassingsbereik* van de abbb.

Of de toepassing van de abbb door de rechter (bestuursrechter of burgerlijke rechter) rechtstreeks of indirect dient plaats te vinden en in hoeverre de toepassing uniform dient te zijn, zijn vervolgvragen. Een breed toepassingsbereik vraagt waarschijnlijk om meer differentiatie. Waar toepassing is aangewezen dient de rechter bij de toetsing aan de abbb hoe dan ook transparantie en scherp te streven. Hierbij staat niet op voorhand vast dat een rechtstreekse toets (zoals de bestuursrechter die hanteert in het kader van het beroep tegen appellabele besluiten) meer rechtsbescherming biedt dan een beoordeling via de ‘sluis’ van open privaatrechtelijke normen. Alleen nauwkeurig empirisch, intern rechtsvergelijkend onderzoek kan hier meer licht laten schijnen.

⁸² ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:619, *JB* 2017/82 m.nt. J.A.F. Peters, *AB* 2017/82 m.nt. A.C. Hendriks (registratie klinisch neuropsycholoog).