

## **Verslaglegging tweede expertmeeting Platform Publiek en Privaat**

*‘De polsstok van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?’*

### **Verslag<sup>1</sup>**

Tweede expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 21 mei 2021

Tijdstip: 15:00 – 17:00

Plaats: Online - Google Meet

### **Auteurs-sprekers**

Raymond Schlössels (Nederland – publiekrecht)

Chris Jansen (Nederland – privaatrecht)

Ingrid Opdebeek en Stéphanie De Somer (België – publiekrecht)

Jeroen Delvoie en Claire Fornoville (België – privaatrecht)

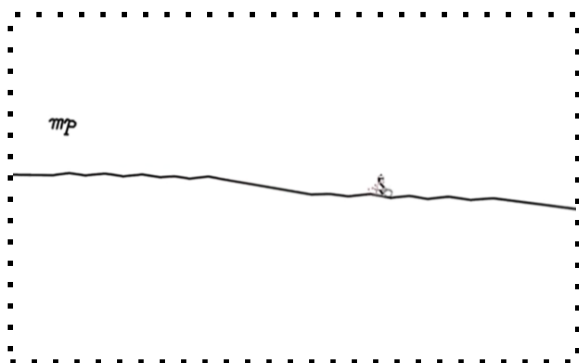
**Moderatoren:** Martijn Scheltema (Nederland) en Kurt Willems (België)

**Verslaggevers:** Marin Coerts (Nederland) en Marie DeCock (België)

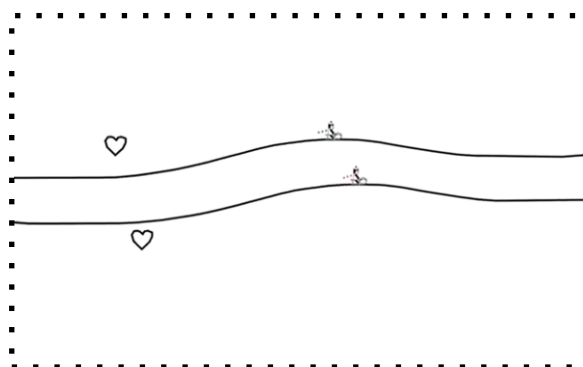
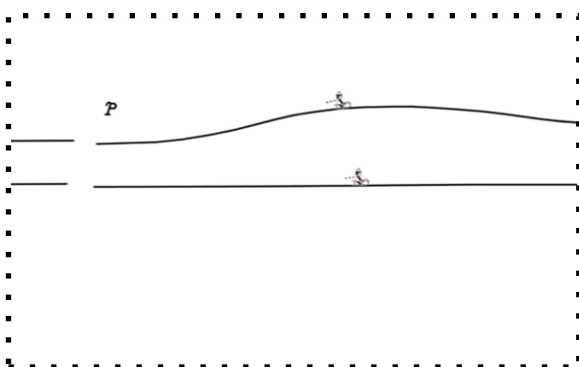
---

<sup>1</sup> De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de voorzitter, sprekers en moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd).

## Verwelkoming



De meeting vangt aan met - een stukje van - de 5e Symfonie van Beethoven, in combinatie met een videoclip die eerst een enkele lijn en dan twee nu eens divergerende dan weer convergerende lijnen toont, die uiteindelijk heel mooi parallel schakelen.



<https://www.youtube.com/watch?v=l2nijBysFY>

### Lidy Wiggers-Rust, voorzitter Platform

Lidy Wiggers-Rust opent de tweede expertmeeting met een korte toelichting op de videoclip bij de zo verbindende 5<sup>e</sup> symfonie van Beethoven: eerst een tijdlang een enkele lijn, dan komt er een tweede bij, en hoe gaan die lijnen zich met elkaar verhouden, hoe gaan die samenwerken? Aanvankelijk lopen ze samen, dan is er hier en daar wat divergentie, maar er wordt weer toenadering gezocht, de fietsers buitelen bijna over elkaar heen en ten slotte schakelen ze heel mooi parallel! Daarin is een treffende gelijkenis te zien met de lijnen van het privaatrecht en het bestuursrecht: soms is de wisselwerking tussen beide lastig en kan zelfs frictie ontstaan, dan weer is sprake van harmonisch samengaan. Het is het laatste dat het Platform wil versterken. Het is zijn missie om een goede wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht na te streven en onnodige verschillen te voorkomen, in het belang van een goede toegankelijkheid van het recht. Rechtseenheid staat centraal, met behoud uiteraard van de relevante verschillen. Want die zijn er zeker ook. Daarover wordt vanmiddag de dialoog aangegaan.

Als voorzitter van het Platform heet Lidy Wiggers-Rust alle aanwezigen heel hartelijk welkom. Het is ongelooflijk inspirerend dat zo velen gehoor hebben willen geven aan de uitnodiging tot deelname aan de meeting. Jammer genoeg moet deze door Covid-19 online plaatsvinden.

Dat is *second best*, want het Platform wil ook graag een ontmoetingsplaats bieden aan de beoefenaars van publiek- en privaatrecht. Het gezelschap is opnieuw heel divers van aard: niet alleen samengesteld uit juristen uit België en Nederland en uit publiek- en privaatrecht, maar ook uit academie en praktijk en wat dat laatste betreft uit de verschillende gremia: wetgeving, rechterlijke macht en advocatuur. Wat een rijkdom aan kennis! Lidy Wiggers-Rust roept op elkaar daarvan vanmiddag te laten profiteren!

Bestuurs- en privaatrecht kunnen veel van elkaar leren, zeker ook als overheidshandelen moet worden beoordeeld. Het mooie onderwerp van deze meeting over de toepassing en reikwijdte van de in het publiekrecht ontwikkelde beginselen van behoorlijk bestuur geeft daarvoor veel aanknopingspunten. Van het van elkaar leren zijn overigens al mooie staaltjes vertoond. Te denken is bij wijze van voorbeeld aan de nieuwe invulling door de Afdeling van het vertrouwensbeginsel. In een recente zaak over een Amsterdams dakterras heeft de Afdeling bevestigd meer nadruk te gaan leggen op hoe een uitlating bij een redelijk denkende burger is overgekomen en minder op wat het bestuursorgaan bedoelde (ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694). Dat komt dicht bij het Nederlandse privaatrecht want ook daar is niet de wil (van in dit geval het bevoegd gezag), maar het gerechtvaardigde vertrouwen (van in dit geval de burger) bepalend. Voor het privaatrecht staat dat in de wet: artikel 3:35 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Dit voorbeeld biedt de gelegenheid een recent gepubliceerd gedicht voor te dragen van Arthur Hartkamp, één van de juristen die indertijd een grote bijdrage aan het Nieuw BW (1992) heeft geleverd. Hij verwoordde het zo:

*“Er is verklaard, vertrouwen opgewekt.  
Wie redelijk vertrouwt, mag - wil of niet -  
afgaan op wat hij hoort, begrijpt of ziet,  
omdat de wil zich aan het oog onttrekt.”*

Een mooi voorbeeld van afstemming van het bestuursrecht op het privaatrecht dus en vergroting daardoor van de rechtsbescherming in het bestuursrecht. En daarom gaat het! Een ander bijzonder moment vormt, tegen die achtergrond en juist ook in verband met het onderwerp van vanmiddag, de recente oratie van Rolf Ortlep over de redelijkheid en billijkheid. Hij trekt daarin lijnen tussen het fatsoenlijk en behoorlijk handelen volgens het burgerlijk recht en de beginselen van behoorlijk bestuur. Hij is voorstander van export van de redelijkheid en billijkheid uit het privaatrecht naar het bestuursrecht. Hij put daarvoor ook uit de gemene historie van publiek- en privaatrecht, met verwijzing naar oudere geschriften van niemand minder dan de vermaarde Belgische hoogleraar Van Gerven.

Lidy ziet in deze voorbeelden veel ruimte voor toenadering tussen bestuursrecht en privaatrecht en tussen Nederland en België.

Zij gaat over naar het onderwerp van de meeting **‘De polsstok van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?’**.

Hoe staat het met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb)? Maakt het verschil uit of deze in het bestuursrecht dan wel het privaatrecht worden toegepast en zo ja, leiden deze verschillen dan tot problemen? Of worden vergelijkbare uitkomsten verkregen? En wat betekent het voor het recht als de overheid zich vermomt in privaatrechtelijke gedaanten? En wat als private organisaties zich het algemeen belang aantrekken dan wel door de overheid met algemeen belang taken worden uitgerust? Zijn we dan aan de goden overgeleverd of is er nog voldoende grip op de overheidsmacht en kunnen we gerust zijn op een voldoende rechtsbescherming?

Bij de voorbereiding van deze middag is op basis van de mooie concept-papers van auteurs voor deze meeting een tweedeling gemaakt:

**Vóór de pauze staat centraal:**

De status quo van de polsstok van de abb:

- in bestuursrecht en privaatrecht
- in Nederland en België

**Na de pauze gaat het om de vraag:**

Bestaat er ja dan nee behoefte aan verruiming van het toepassingsbereik van de abb (export- en reflexwerking)?

- in bestuursrecht en/of privaatrecht
- in Nederland en/of België

Gekozen is voor een dialoog gerelateerde vorm, waarbij een vrije gedachtewisseling plaatsvindt, wat tot nieuwe inzichten kan leiden en dat is bij uitstek de bedoeling. Daarbij is ook luisteren van groot belang. Het gaat om *het doorgronden van de materie* en niet zo zeer om het debat. De precieze thema's zullen de moderatoren van deze meeting onthullen. Zij gaan daarover met de auteurs en met de experts in dialoog van gedachten wisselen. Tussentijds wordt op hun aangeven tien minuutjes gepauzeerd.

Lidy dankt de auteurs namens het Platform te midden van experts alvast en feliciteert hen met hun inspirerende (concept-)papers. Zij geeft vervolgens 'het stokje' door aan de moderatoren. Voor Nederland is dat Martijn Scheltema en voor België is dat Kurt Willems. Zij zijn de dirigenten van de meeting.

Lidy wenst allen een leerzame en inspirerende middag toe!

## Dialogo

*Martijn Scheltema* stelt de auteurs-sprekers vanuit Nederland voor. Voor het Nederlandse publiekrecht is dat: Raymond Schlössels. Voor het Nederlandse privaatrecht is dat Chris Jansen.

*Kurt Willems* stelt de Belgische auteurs-sprekers voor. Voor het Belgische publiekrecht zijn dat Ingrid Opdebeek<sup>2</sup> en Stéphanie De Somer. Voor het Belgische privaatrecht zijn dat Jeroen Delvoie en Claire Fornoville.

**Vóór de pauze staat de status quo centraal in de dialoog. Het gaat daarbij met name om de volgende punten.**

### Status quo polsstok abbb

- ❖ Toepasselijkheid abbb voor de overheid bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden
- ❖ Wijze van toepassing abbb:
  - directe en/of indirecte toetsing; reflexwerking
  - eventuele verschillen in intensiteit van toetsing
- ❖ Als we het (binnen de status quo) hebben over 'de overheid' in verband met de toepasselijkheid van de abbb bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden: wat (welke rechtssubjecten/entiteiten) is (zijn) daaronder dan te verstaan?
- ❖ Is er nog sprake van differentiatie tussen de formele en materiële beginselen van behoorlijk bestuur en zo ja, is daarvoor een reden/rechtvaardiging te geven?

*Kurt Willems* vraagt - in afwachting van spontane reacties - aan de auteurs om aan te geven op welke twee à drie vragen er het meest pertinent een antwoord zou moeten komen.

*Stéphanie De Somer* geeft aan dat zowel zijzelf als Ingrid Opdebeek, als de auteurs van de concept-paper omtrent het privaatrecht, zich afvragen in hoeverre ze erin zijn geslaagd om een goed beeld te geven van de hantering van de beginselen van behoorlijk bestuur door de burgerlijke rechter. Er heerst immers een gevoel dat ze slechts het topje van de ijsberg hebben kunnen onthullen aangezien het soms een moeilijke en frustrerende oefening was om de betreffende rechtspraak (niet) te vinden (cf. zoeken zonder vinden). De auteurs hebben wel

---

<sup>2</sup> Ingrid Opdebeek is wegens ziekteverlof helaas niet aanwezig tijdens de meeting.

rechtspraak gevonden, maar voor België is dat hoofdzakelijk rechtspraak van de laatste jaren met betrekking tot de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het ontslag van contractueel overheidspersoneel. De rechtspraak bevindt zich veel minder in de sfeer van andere domeinen van overheidsinterventie.

Een tweede vraag is van voorspellende aard. *Stéphanie De Somer* vraagt in hoeverre er van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof - dat nu heel duidelijk heeft aangegeven dat de hoorplicht en vermoedelijk ook de andere beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op het ontslag van contractueel overheidspersoneel - ook een reflexwerking kan uitgaan naar andere domeinen van overheidsinterventie. Daarbij rijst de vraag in hoeverre dit ervoor zorgt dat er bij een eiser sneller een reflex zal bestaan om aan de burgerlijke rechter de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op de uitvoering en beëindiging van overeenkomsten te vragen.

*Kurt Willems* vindt dit interessante vragen naar zowel Belgisch als Nederlands recht, aangezien de methodologische problematiek ook in de Nederlandse concept-papers werd aangestipt. De bezorgdheid werd geuit of 'alles wel is gevat', omdat het niet zo evident is om zicht te krijgen op de vraag hoe vaak de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden ingeroepen voor de de burgerlijke rechter en hoe dit dan precies gebeurt: is het de rechter zelf die dit opwerpt? Zijn het de advocaten die dit moeten doen voordat het echt aan de orde komt? Is in de concept-paper slechts een tipje van de sluier opgelicht of is er een vrij volledig beeld geschetst? Zowel in de Nederlandse als in de Belgische analyses is er sprake van een relatief beperkte rechtspraak. De vraag voor de burgerlijke rechter is genoteerd om aan bod te laten komen. Kurt Willems stelt vervolgens ook aan de Belgische privaatrechtelijke auteurs de vraag welke de meest pertinente punten zijn die aan bod zouden moeten komen vandaag.

*Jeroen Delvoie* was bij het lezen van de Nederlandse concept-papers bijzonder jaloers op de heldere lijnen en de duidelijkheid die er in Nederland - minstens op het eerste gezicht - heerst over dit leerstuk: ben je een overheid, dan zijn de beginselen van behoorlijk bestuur altijd van toepassing. Ben je geen overheid, dan zijn de beginselen niet van toepassing. Bij het uitwerken van de Belgische analyse daarentegen, bestond er volgens Jeroen Delvoie heel erg het gevoel dat ze in het struikgewas moesten zoeken. Er rezen moeilijk te beantwoorden voorvragen die eerst moesten worden opgelost. Jeroen Delvoie stelt de vraag naar de Nederlandse kant of die impressie klopt. Misschien is er onderliggend toch heel wat meer discussie mogelijk. Naar de Belgische deelnemers toe stelt Jeroen Delvoie de vraag of we er belang bij zouden hebben in België om een gelijkaardige heldere tweedeling in te voeren en of dit zou werken in het Belgisch recht.

Volgens *Kurt Willems* zijn ook dit interessante vragen. Hij heeft in de concept-paper van Raymond Schlössels gelezen dat er toch wel breuklijnen en inconsistenties bestaan in het Nederlands recht, ondanks de helderheid die er op het eerste gezicht zou zijn. De vraag in

hoeverre het Belgisch rechtsstelsel kan leren van het Nederlandse wordt meegenomen in de dialoog. De vraag in hoeverre de toepassing van de beginselen op privaatrechtelijk handelen van de overheid een goed idee is, wordt meegenomen in het tweede deel omtrent het eventueel wenselijke recht.

Een Belgische expert geeft aan dat de bevindingen van de paper van Stéphanie De Somer en Ingrid Opdebeek in de lijn van zijn verwachtingen liggen. Hij wijst nog even op het onderscheid tussen België en Nederland. Nederland heeft een duaal ontslagrecht dat voor de overheid in hoge mate administratiefrechtelijk was bepaald. Daardoor kreeg je de ontwikkeling van concepten als 'goed werkgeverschap' en 'goed werknemerschap', wat volgens de expert ten dele al een variatie is van toegepaste algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de arbeidscontext.

In België is er daarentegen een strikt privaatrechtelijke toepassing, waarover het Hof van Cassatie waakt. Elke rechter die iets toevoegt aan de wet, wordt gecasseerd. Een rechter kan dat uitsluitend (proberen te) doen via de open normen. Daar zie je inderdaad dat die twee vlakken tegen elkaar aan schuren - iets wat Stéphanie De Somer en Ingrid Opdebeek bijgevolg terecht hebben behandeld in hun concept-paper. De beginselen van behoorlijk bestuur druppelen binnen, maar niet systematisch en niet beschreven. Dat is de reden dat je hier zo weinig directe respons krijgt. De Belgische expert verwijst naar het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en stelt dat de non-discriminatiewet is opgedrongen vanuit Europese hoek. Het motiveringsbeginsel is ter zake beschreven in de concept-paper. Na jarenlange discussie is de collectieve arbeidsovereenkomst betreffende de motivering van het ontslag (CAO nr. 109) aangenomen. Op heden speelt het zorgvuldigheidsbeginsel: de redelijke aanpassingen voor werknemers met een beperking is een privilege van werknemers met een handicap. Is dat dan geen recht van anderen? De Belgische expert wijst vervolgens op het recht om gehoord te worden. Als je de rechtspraak omtrent een kennelijk onredelijk ontslag nakijkt, dan zie je dat arbeidsrechters de hoogste vergoedingen toekennen bij zorgvuldigheidsschendingen bij ontslag om dringende redenen. Er is geen algemene zorgvuldigheidsplicht, maar wanneer een ontslag om dringende redenen bijzondere schade veroorzaakt omwille van lichtzinnigheid, leidt het lichtzinnig inroepen van dringende redenen in België tot vrij hoge schadevergoedingen wegens een kennelijk onredelijk ontslag - dit ondanks dat er in België geen procedures zijn bepaald.

Zo wordt een aantal beginselen binnengesmokkeld via de open normen, zonder dat het expliciet wordt gezegd. Het Hof van Cassatie stelt duidelijk dat de rechter niets mag toevoegen aan de wet indien het er niet in staat. Een rechter kan evenwel in specifieke omstandigheden stellen dat de werkgever, door het niet horen van de werknemer in het geval van duidelijk onvoldoende bewijs, lichtzinnig heeft gehandeld en daardoor bijzondere schade heeft veroorzaakt. De rechter importeert op die manier ten dele een beginsel van behoorlijk bestuur via de open normen. Het Belgische Grondwettelijk Hof spoort wat aan omtrent contractanten in overheidsdienst, aangezien er sprake is van een zeer sterke impasse. Ook de politieke en de sociale organisaties geraken er niet meer aan uit. Het Grondwettelijk Hof

moedigt aan om daar toch eens werk van te maken, aangezien de normale zorgvuldigheid van een openbare werkgever ten aanzien van het ambtenarenstatuut die richting zou moeten uitgaan.

*Kurt Willems* merkt op dat er heel wat waardevolle zaken in de tussenkomst zaten en probeert even te vertalen voor de Nederlandse sprekers. De reflexwerking van beginselen vindt impliciet plaats, want als deze expliciet worden benoemd dan bestaat er het risico dat de zaak gecasseerd wordt. Er bestaat ook discussie of het expliciet *moet* worden gezegd. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen ook via reflexwerking worden binnengebracht, dan wel via open normen worden meegenomen, zonder de beginselen expliciet te benoemen. Kurt Willems werpt die vraag op in de groep, samen met de vraag of dit dan leidt tot een hogere rechtsbescherming en/of een hogere schadevergoeding.

*Martijn Scheltema* signaleert dat er vanuit België een beeld bestaat dat het in Nederland helderder is, in zoverre dat uit een van de papers blijkt dat in de rechtspraak de nodige aanknopingspunten te vinden zijn omtrent de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op overheidshandelen in het privaatrecht. Toch bestaat ook in Nederland nog een aantal onduidelijkheden over de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hij geeft de Nederlandse auteurs het woord over de specifieke vraagpunten waarover zij graag iets zouden horen.

*Raymond Schlössels* antwoordt dat het tweede gedeelte van de middag voor Nederland het spannendste gedeelte is. Het gaat om het deel over het uitschrijven van de beginselen in de sfeer van het schemergebied van de overheid. Er is namelijk een brede toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de zogenaamde 'kernoverheid', dus op het publiekrechtelijk handelen van het bestuur, en daarnaast ook grotendeels op het privaatrechtelijk en het feitelijk handelen, en daar bestaat in Nederland nauwelijks discussie over. Hier zijn twee belangrijke verklaringen voor te vinden. Allereerst is het Nederlands recht al meer dan honderd jaar aan het bouwen aan de beginselen. Wat het overheidspersoneel betreft, is het interessant dat een bijzondere ambtelijke rechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor lange tijd toepaste op het ontslagrecht. Hier is sinds kort verandering in gekomen. Ten tweede is het een belangrijk gegeven dat er al 25 jaar rust aan het front is in het algemeen bestuursrecht. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) fungeert als een soort anker in deze discussie. De Awb zet echter ook een rem op de discussie omdat de Awb het bestuursorgaanbegrip centraal stelt en dit ook redelijk formeel interpreteert. De vraag die voor dit thema interessant is, is de vraag of het uitmaakt of je in het Nederlands privaatrecht rechtstreeks toetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of via de band van privaatrechtelijke open normen? Er wordt een werk aangehaald waarin het standpunt wordt ingenomen dat de rechtstreekse toetsing een duidelijke meerwaarde biedt



omdat die scherper en duidelijker is.<sup>3</sup> Raymond Schlössels stelt dat als hij de in het privaatrechtelijke concept-paper behandelde privaatrechtelijke jurisprudentie bestudeert, hij het idee heeft dat dit wel kan meevallen.

*Chris Jansen* zou alvast wat aan beeldvorming willen doen betreffende het onderzoek dat na deze expertmeeting moet plaatsvinden. Hij ziet dat de Belgische collega's ook een jurisprudentieonderzoek hebben uitgevoerd, net als hijzelf, omdat dit de manier is om de status quo te bepalen en eventuele problemen in beeld te brengen. Er wordt opgemerkt dat Raymond Schlössels in zijn paper oproept om empirisch onderzoek te doen en om beter in beeld te brengen wat er precies gebeurt en hoe de feitenrechter met de beginselen omgaat. Vanuit Nederlandse zijde wordt afgevraagd hoe dat onderzoek eruit zou zien. Voor het uitvoeren van dat onderzoek geeft hij aan dat we raad nodig hebben als het gaat om de verschillende manieren waarop rechters met de zaak omgaan en hoe je die categoriseert, met name wanneer je kijkt naar de wijze waarop de rechters de beginselen toetsen, hetzij rechtstreeks, hetzij niet rechtstreeks. Nederlandse bestuursrechtjuristen geven vaak aan dat burgerlijke rechters moeite hebben met het operationaliseren van de beginselen, maar tegelijkertijd lijkt er uit de bestuursrechtelijke paper van Raymond Schlössels te kunnen worden afgeleid dat ook het Nederlandse bestuursprocesrecht geen concrete regels kent omtrent de wijze van toepassing van die beginselen, zodat ook de uitspraken van de bestuursrechterlijke instanties hierin kunnen verschillen. *Chris Jansen* vindt dat er ook onderzoek moet komen om meer zicht te krijgen op de problemen die daar spelen.

Het is *Raymond Schlössels* opgevallen dat *Lidy Wiggers-Rust* eerder verwees naar de 'dakterras-uitspraak' over het vertrouwensbeginsel. Dit is een typische uitspraak waarin de Afdeling haar best heeft gedaan om een leerstuk, in dit geval het vertrouwensbeginsel, mooi uit te schrijven en systematisch neer te zetten. Dit is echter niet de doorsnee bestuursrechtelijke jurisprudentie. Soms wordt bij de toepassing van de beginselen ook alles op één hoop geveegd en wordt een zaak heel snel afgedaan. Dat heeft ook met de werkdruk te maken. Je zou de toepassing van de beginselen veel systematischer kunnen opzetten en duidelijk kunnen maken wat de werking van de beginselen is en hoe deze in de casus terugkomen. Dat is belangrijk. De scherpere van de toepassing leidt ook tot een kwalitatief betere toetsing aan de beginselen.

Vanuit België wordt door een expert opgemerkt dat het bij het lezen van voornamelijk de Nederlandse papers en bij het voeren van rechtsvergelijkend onderzoek met de Nederlandse situatie opvalt dat er in Nederland een *quasi* zuivere opdeling wordt gemaakt - ook bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - tussen het a-bestuursorgaan en het b-bestuursorgaan. Naar Nederlands recht volstaat daarbij het gebruik van de NV-vorm al om een bepaalde entiteit niet als 'organieke overheid' te beschouwen, maar direct bij de

---

<sup>3</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019.

‘functionele overheden’ te gaan plaatsen. Zelfs de Nederlandse Bank die kennelijk veel wegheeft van de Belgische Nationale Bank, en andere entiteiten die in Belgisch recht worden beschouwd als NV’s van publiekrecht, worden onder het Nederlands recht niet als een organieke overheid beschouwd. Dit heeft tot gevolg dat onder meer de beginselen van behoorlijk bestuur niet *ipso facto* van toepassing zijn op die overheid.

Betrokkene wijst erop dat dit anders is in België, met dien verstande dat het Hof van Cassatie niet heel duidelijk is in welke mate een entiteit - indien die een privaatrechtelijke vorm aanneemt - naar het privaatrecht kantelt. Vervolgens rijst de vraag in welke mate de beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden toegepast op een dergelijke entiteit en of deze als een organieke overheidsstructuur kan worden gekwalificeerd. In de veronderstelling dat er sprake is van een dergelijke organieke overheidsstructuur, stelt de expert zich de vraag in welke mate er geen rekening moet worden gehouden met het feit dat dit een rechtspersoon is die binnen zijn intern besluitvormingsproces aan bepaalde regels is onderworpen en waarbij die regels ertoe strekken de samenleving/burgers te beschermen omdat deze via de overheid hun belangen laten behartigen via de toets aan het algemeen belang. Vanuit die optiek is niet in te zien waarom de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet gewoon principieel integraal op het doen en laten van een organieke administratieve overheid of een organieke instantie zouden moeten worden toegepast. In Nederland is er artikel 3:14 BW dat bepaalt dat door de overheid een privaatrechtelijke bevoegdheid nooit in strijd met de publiekrechtelijke geschreven of ongeschreven beginselen kan worden uitgeoefend. Volgens de Belgische deelnemer bestaat er geen equivalente bepaling in België. Als een Belgische overheid bijgevolg optreedt via de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid (bv. het sluiten van een overeenkomst), doet deze overheid wat een particulier ook zou kunnen. In dat geval maakt de overheid gebruik van een rechtskader met eigen specifieke regels. Dan zouden er volgens de klassieke logica waarbij het recht als één geheel wordt beschouwd, twee kaders moeten worden toegepast: enerzijds het rechtskader inherent aan degene die de handeling stelt, in dit geval een overheid, maar dat kan dan evengoed een vennootschap zijn of een kredietinstelling die is onderworpen aan regels die moeten worden toegepast. Anderzijds heb je de niet-benoemde overeenkomst die men sluit en die evengoed aan regels is onderworpen. De Belgische expert stelt zich in dat verband de vraag of dit niet moet worden benaderd vanuit het idee van de mogelijke aanwezigheid van wetsconflicten. In een zuiver privaatrechtelijke context moeten twee bestaande kaders principieel cumulatief worden toegepast zolang dit mogelijk is naar Belgisch recht. Pas op het moment dat er een tegenstrijdigheid in de letter of in de finaliteit van de wet ontstaat tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de overeenkomst of het privaatrechtelijk instrument waarvan de overheid zich bedient, moet worden gekeken naar hoe dat wetsconflict kan worden opgelost. Naar Nederlands recht kan er worden teruggegrepen naar artikel 3:14 BW, maar in het Belgisch recht is er weinig houvast. Er zou kunnen worden teruggegrepen naar de *lex specialis*, het specifieke kader van de overheid dat prevaleert, maar de expert stelt zich de vraag of dit wel altijd het geval is. Daar valt mogelijk inspiratie te halen in het Nederlands recht. In België zou er een beroep

moeten worden gedaan op de regels inzake normconflicten om te bepalen welke norm moet prevaleren.

Een tweede interessante vaststelling volgens de betrokken Belgische expert is dat er in Nederland vrij veel beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd, terwijl dit naar Belgisch recht niet het geval is. De vraag kan worden gesteld of de beginselen van behoorlijk bestuur *contra legem* kunnen worden toegepast in België of dat er een zuivere toepassing moet worden gemaakt van de wet, als de wet het ene zegt maar een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur iets anders zegt. De wil van de wetgever is immers nog steeds 'wet', dit onder voorbehoud van het Grondwettelijk Hof. Moeten de beginselen van behoorlijk bestuur in dat geval niet terzijde worden geschoven? Wordt die denkoefening in de praktijk gemaakt?

*Kurt Willems* vindt dat de benadering vanuit wetsconflicten een interessante invalshoek is. De vraag welke rechtsnorm voorrang heeft als er een wetsconflict is en er geen specifieke rechtsnorm is zoals het Nederlandse artikel 3:14 BW, is interessant om hier te bespreken. In het verlengde daarvan rijst de vraag of het afhangt van de situatie, materie en rechtshandeling, of dat er een algemene lijn te trekken is.

*Stéphanie De Somer* merkt op dat de voormelde vraag van de Belgische expert een heel terechte vraag is, maar dat het natuurlijk wel zo is dat er in die vraag wordt uitgegaan van het klassieke standpunt dat nog steeds door heel wat rechtsleer wordt verdedigd, namelijk dat de beginselen van behoorlijk bestuur hoogstens wettelijke waarde hebben naar Belgisch recht. Dit standpunt wordt niet verdedigd door onder meer Stéphanie De Somer, Ingrid Opdebeek en Patricia Popelier. Volgens hen zijn er de laatste jaren toch heel wat indicaties dat er een suprawettelijke of grondwettelijke waarde mogelijk is van de beginselen van behoorlijk bestuur. Dan krijgt de discussie natuurlijk een heel andere dimensie. Stéphanie De Somer meent uit de in de paper geciteerde arresten van het Grondwettelijk Hof - maar ook uit andere arresten - argumenten hiervoor te lezen.

*Martijn Scheltema* signaleert dat waar de toepassing in theorie duidelijk lijkt te zijn voor het Nederlands recht deze in de praktijk, zoals Chris Jansen en Raymond Schlössels hebben vermeld, toch een uitdaging blijkt te zijn die empirisch zou moeten worden onderzocht. Een ander punt dat in het Nederlands recht ook nog speelt, is de vraag of het nog een verschil maakt of de formele of materiële algemene beginselen worden toegepast. In het bestuursrecht is het duidelijk dat dit in beginsel allemaal geldt, maar in het privaatrecht is het de vraag of dit ook zo is.

*Raymond Schlössels* wijst op een blinde vlek wat betreft de toetsing aan formele beginselen door de burgerlijke rechter. Daar is namelijk niet veel rechtspraak over. Als de handboeken worden geraadpleegd, lijkt de leer in Nederland te zijn dat de burgerlijke rechter de beginselen rechtstreeks toepast op privaatrechtelijk overheidshandelen. Dan maakt het niet

uit of het om formele of materiële beginselen gaat. Een wat anders gerichte uitspraak is terug te vinden in zijn paper, waarin de concessieovereenkomst van de gasfabriek wordt genoemd.<sup>4</sup> Daar lijken verschillen te bestaan tussen de aanpak van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. De burgerlijke rechter werkt met een algemene notie van het zorgvuldigheidsbeginsel, maar leidt daar in dat geval geen formele hoorplicht uit af. Daar schijnt mogelijk wat licht, maar Raymond Schlössels kan daar geen algemene uitspraken over doen omdat er zo weinig rechtspraak over is en er ook weinig onderzoek naar is gedaan.

Dit punt wordt aangevuld door *Chris Jansen*. Bij het onderzoek naar de details van de zaak over de gasfabriek komt de manier van procederen naar voren. Dit werpt een bepaald licht op de analyse die je dan ziet. Dit was een zaak in kort geding waarbij het beroep van de private partij op het formele beginsel van behoorlijk bestuur geen basis was van een rechtsvordering, maar een verweermiddel. De Hoge Raad laat zien dat het beroep op het verweermiddel in dit geval niet opgaat maar dat dit niet betekent dat in andere gevallen een schending van een formeel beginsel geen grondslag kan zijn van een vordering van een eisende partij. Dan moet je echt op zoek gaan naar dat soort zaken. De feitelijke jurisprudentie die Chris Jansen heeft onderzocht, betrof - voor zover er al vorderingen worden ingesteld rechtstreeks op basis van een schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - materiële beginselen en de formele beginselen komen daar niet aan bod.

Een Nederlandse expert gaat in op de vraag van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op niet-bestuursorganen die privaatrechtelijk handelen. Het voorbeeld dat genoemd is in de paper van Raymond Schlössels, is het voorbeeld van Invest-NL. Invest-NL is geen bestuursorgaan, maar het besteedt wel duidelijk publieke middelen en doet investeringen uit overheidsmiddelen. Vanuit Nederland is het de vraag hoeveel een burgerlijke rechter die met zo een zaak wordt geconfronteerd waarbij Invest-NL beslist heeft over de toekenning van publieke middelen, zich aan zou willen/moeten trekken van de in de Machtigingswet opgenomen bepaling dat Invest-NL geen bestuursorgaan is en dat er bij de taakuitoefening geen openbaar gezag aan de orde is. Hij vraagt zich af of dit hem op een of andere wijze zou beletten om de beslissingen van Invest-NL en het optreden van Invest-NL te toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit kan via een omweg van de redelijkheid en billijkheid, maar dit druist in tegen de wenselijkheid dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks worden toegepast. De presentatie van Raymond Schlössels lijkt een voorstander te zijn voor de rechtstreekse toepassing.

*Raymond Schlössels* schetst dat er een situatie is in het Nederlands recht waar de wetgever in formele zin uitdrukkelijk in de wet heeft bepaald dat Invest-NL geen bestuursorgaan is. Het is uitdrukkelijk in de wet opgenomen omdat men er kennelijk ook twijfels bij had dat dit *wel* een bestuursorgaan zou kunnen zijn. Vanuit Nederlandse zijde wordt er opgemerkt dat het

---

<sup>4</sup> HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199 (*Coevorden – BV Gasfabriek*).

onwenselijk is dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de praktijken van Invest-NL zouden worden toegepast. Het zwakke aan dit stelsel is dat Nederland heel sterk werkt met het formele begrip van het bestuursorgaan. Als een rechter volledig aan de beginselen wilt toetsen, dan wordt die geconfronteerd met de wil van de wetgever en die kan je niet negeren. Er wordt vermoed dat het in dit geval zal moeten lopen via het toch toelaten van beginselen van behoorlijk bestuur via privaatrechtelijke open normen. Naar geldend Nederlands recht is in de zaak *ConforMed*<sup>5</sup> bepaald dat als er geen sprake is van een bestuursorgaan, het lastig is om de beginselen rechtstreeks toe te passen.

Vanuit Belgische hoek stelt een expert vanuit zijn ervaring als civiele rechter dat een civiele rechter in civiele categorieën denkt, en niet in publiekrechtelijke categorieën zoals de beginselen van behoorlijk bestuur. Dit hangt samen met het feit dat het *aan de partijen* is in een civiel geding om elementen aan te brengen. Een civiele rechter zal niet uit zichzelf aan die beginselen denken. De partijen moeten in eerste plaats de beginselen die ze in het publiekrecht vinden op een of andere manier aanhaken bij wat ze in het privaatrecht vinden en dit gebeurt weinig of niet. Bij het lezen van de privaatrechtelijke paper had de Belgische expert soms het gevoel dat de auteurs wilden zoeken naar iets dat waarschijnlijk niet te vinden is. Noch de partijen, noch de civiele rechter zullen zich geroepen voelen om die beginselen van behoorlijk bestuur uit het publiek recht zonder meer op een of andere manier aan te haken bij het privaatrecht. Dit zou ook verklaren dat er, *ten eerste*, bijzonder weinig rechtspraak te vinden zal zijn indien er empirisch onderzoek zal worden uitgevoerd en, *ten tweede*, waarom het Hof van Cassatie zich daarover niet of nauwelijks heeft uitgesproken of zich daarover moet uitspreken. Het Hof van Cassatie spreekt zich slechts uit indien er een debat over zou geweest zijn waardoor pertinente/interessante vragen tot aan het Hof van Cassatie komen. Vanuit Belgische hoek speelt er het gevoel dat we daar in België nog een heel eind van weg zijn.

Vanuit Nederlandse zijde wordt hierop gereageerd door *Chris Jansen*. Hij brengt Nieuwhuis naar voren die de beginselen van de redelijkheid en billijkheid zag als beginselen die geen argumenten op zichzelf zijn maar argumenten vooronderstellen. Dat kan gezegd worden over rechtsbeginselen in brede zin. Het feit dat burgerlijke rechters in hun zaken met betrekking tot privaatrechtelijk overheidshandelen niet altijd de beginselen benoemen, veelal omdat niet via die lijn geprocedeerd wordt door de partijen, laat onverlet dat de belangen die aan de beginselen ten grondslag liggen op andere manieren door private rechters meegenomen worden in de beoordeling. De relevante vraag is of de belangen die aan de beginselen ten grondslag liggen in het concrete geval voldoende tot hun recht komen. Daarnaast heeft Chris Jansen in de feitenrechtspraak onderzoek gedaan. Daaruit concludeert hij dat die belangen voldoende aan de orde komen. Verder empirisch onderzoek is mogelijk en gewenst.

---

<sup>5</sup> HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ConforMed*).

**Pauze**

**Na de pauze laten we de status quo achter ons en draait het in de dialoog om wenselijk recht en wel als volgt.**

Bestaat er ja dan nee behoefte aan verruiming van het toepassingsbereik van de abbb (export- en reflexwerking)?

- ❖ Beoordeling gevonden verschillen in toepassing / toetsing abbb
  - eventuele rechtvaardiging ervan
  - eventueel ondervonden problemen
  
- ❖ Behoefte aan verruiming toepassingsbereik abbb?
  - zo ja, in welke zin
  - pro's en cons

(voor de overheid (in vermomming), mede tegen de achtergrond van het algemeen belang en de publieke middelen)

(voor andere actoren, mede tegen de achtergrond van het vrije maatschappelijke domein)

*Martijn Scheltema* werpt de vraag op of de burgerlijke rechter rechtstreeks toetst aan de beginselen of indirect toetst via andere instrumenten van het privaatrecht (open normen)?

Voor *Chris Jansen* gaat het erom dat bij de redenering en beoordeling door de burgerlijke rechter de bijzondere positie van de overheid en de belangen waar de overheid voor staat en moet borgen blijken te worden meegenomen. Nederlands privaatrechtelijk jurisprudentieonderzoek laat zien dat het niet zoveel uitmaakt of dat gaat via de uitdrukkelijke benoeming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of dat je deze onbesproken laat en het via de open normen van het privaatrecht gaat. De tweede opmerking is dat de beoordeling van de beginselen in het privaatrecht via open normen (de indirecte toetsing) niet zo vaak voorkomt als de gevallen waarin de partij rechtstreeks aan de rechter vraagt of de overheid een beginsel heeft geschonden en dat de rechter dit moet toetsen. Dit is dan geen indirecte toetsing, maar rechtstreekse toetsing.

*Claire Fornoville* merkt op dat ze even wil ingaan op hetgeen er voor de pauze is gezegd. Ze vond het interessant om te horen dat de rechtstreekse toetsing ook niet gebeurt naar Nederlands recht als sprake is van entiteiten die een vennootschapsvorm aannemen, wat ook verklaart dat het moeilijker zou zijn om de rechtstreekse toetsing naar Belgisch recht toe te passen. Dit spanningsveld bestaat in België bij uitstek omdat het Belgische begrip

'administratieve overheid' veel breder gaat en dat daar toepassingen zijn waarbij we - net in het commerciële handelen - toch wel aanvoelen dat het net minder gepast is. Als we kijken naar Invest-NL dan is dat blijkbaar iets waar Nederland ook mee worstelt.

Een Nederlandse expert sluit zich aan bij *Claire Fornoville*. Hij heeft tevens behoefte om terug te komen op hetgeen voor de pauze is gezegd dat ook een brug kan slaan naar het wenselijke recht. Er wordt vervolgens ingegaan op een eerdere opmerking over het wetsconflict. Daar wordt verschillend over gedacht, met name over de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van een hogere waarde kunnen zijn dan de wet. Dit is een discussiepunt waar ook in Nederland nog mee geworsteld wordt. Het overstijgt het vraagstuk van het privaatrechtelijk overheidshandelen en het is een meer algemene vraag. In Nederland is dit heel actueel, mede naar aanleiding van de kindertoeslagaffaire, waarbij de vraag rees of het evenredigheidsbeginsel van een hogere kracht moest zijn dan bepaalde wettelijke regels.

Een andere vraag over de materie van vandaag betreft Invest-NL. Deze casus heeft te maken met de aard van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. We zijn bezig met het vergelijken van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met categorieën uit het privaatrecht, zoals de redelijkheid, de billijkheid, de goede trouw, de maatschappelijke zorgvuldigheid. De reactie gaat ook in op de vraag of het vanuit Nederlands perspectief wat uitmaakt of je de privaatrechtelijke of de publiekrechtelijke categorieën toepast als rechter. Het zou prettig zijn om scherper voor ogen te hebben of de normen werkelijk verschillen van aard of dat alles teruggaat op één grote behoorlijkheidsnorm. De vraag wordt afgesloten met een voorbeeld van het Nederlands recht betreffende een wetsvoorstel waaruit hij afleidt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van andere aard zijn dan de redelijkheid, de billijkheid en de maatschappelijke zorgvuldigheid. Dit voorbeeld gaat over het onderwijs, namelijk het middelbaar beroepsonderwijs en dit sluit ook aan bij Raymond Schlössels die ingaat op het hoger onderwijs. In Nederland is het middelbaar beroepsonderwijs georganiseerd met behulp van privaatrechtelijke rechtspersonen. Er ligt nu een wetsvoorstel op tafel om de rechtsbescherming van de middelbare scholieren te verbeteren. Een uitgangspunt is dat de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verbetering van de rechtsbescherming met zich zal brengen. Op dit moment zijn deze scholen nog niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur omdat het privaatrechtelijke rechtspersonen zijn. Hier is een vraag in de Tweede Kamer over gesteld of het wat uitmaakt. Dit maakt ook de vraag omtrent Invest-NL een stuk scherper. De Tweede Kamer en het middelbaar beroepsonderwijs gaan ervan uit dat dit een wereld van verschil maakt. Er zijn kamervragen gesteld dat het middelbaar beroepsonderwijs een jaar de tijd krijgt om zaken anders te organiseren, niet alleen procedureel en intern maar ook op het vlak van het toepasselijk recht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die eis is enkel zinvol als je veronderstelt dat het in materiële zin wat verandert. Als zo de verhalen gehoord worden van de civilisten in dit geval, lijkt de strekking te zijn dat de rechter met beide gangen wel uit de voeten kan en hetzelfde resultaat kan bereiken. Zelfs als je met beide werelden hetzelfde kan bereiken, gaat het er echter ook om of de instanties zelf de regels juist



toepassen voordat zaken bij de rechter komen. Zij moeten ook zelf in staat zijn om te weten wat zij wel of niet moeten doen.

*Chris Jansen* antwoordt dat in de situatie dat je nu niet gebonden bent aan de beginselen, maar straks misschien wel, dat betekent dat je de business daarop gaat afstemmen. Vanwege het feit dat je expliciteert dat je aan de beginselen gebonden bent, ga je ook meer over en vanuit de beginselen nadenken. Als je vervolgens naar de beoordelingskant gaat van de rechter, dan blijkt dat het niet zoveel uitmaakt. Als beoordelaars van de rechterlijke uitspraken kan je daar niet zoveel aan doen, maar zou je misschien willen dat we uitspraken gevonden hadden waarbij je kon zeggen dat expliciete toepassing van de beginselen tot een ander oordeel had geleid. Er wordt gevraagd om voorbeelden van zaken waarin de burgerlijke rechter tot een slecht oordeel komt omdat er onvoldoende aandacht is besteed aan de beginselen.

*Kurt Willems* signaleert dat de Belgische privaatrechtelijke preadviseurs dezelfde opmerking maken als Chris Jansen langs de Nederlandse kant, namelijk dat het op het eerste gezicht niet zoveel lijkt uit te maken. Bij het aangaan van de onderwijsrechtelijke discussie in België was het aanvoelen dat het enkel iets uitmaakt wat betreft de formele beginselen van behoorlijk bestuur (in de zin van 'moeten we horen?' en 'moeten we schriftelijk motiveren?'), maar dat het inhoudelijk niet echt uitmaakt. Of we nu gebonden zijn door de beginselen van behoorlijk bestuur of door de beginselen van behoorlijk contractshandelen, we moeten in beide gevallen hetzelfde doen, met name behoorlijk handelen.

*Jeroen Delvoie* wil het iets scherper stellen dan in de paper. Hij geeft aan dat ze niet tot de slotsom komen dat het niet uitmaakt. Wat ze wel opmerken is dat als ze keken naar de privaatrechtelijke rechtsnormen, bij deze open normen ruimte is om binnen die normen met de specificiteit van de overheid rekening te houden. Voor partijen is het dus mogelijk om argumenten te ontwikkelen op basis van privaatrechtelijke normen die ontleend zijn aan het overheidskarakter. Jeroen Delvoie geeft aan dat ze hebben vastgesteld dat het niet zoveel gebeurt en dat hij bijgevolg volledig akkoord is met wat een Belgische expert eerder in de dialoog op dat punt zei. Desondanks is er ruimte voor. Dit is iets anders dan te zeggen dat het geen verschil zou uitmaken. Jeroen Delvoie stelt er persoonlijk van overtuigd te zijn dat als er hem wordt gevraagd om het dossier zo op te bouwen dat het de rechterlijke toetsing zal doorstaan en de normen die je gaat toepassen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn *versus* het verbod van rechtsmisbruik, redelijkheid en billijkheid, goede trouw, enzovoort, dat zijn taak in het eerste geval moeilijker zal zijn. In de paper werd ook aangegeven dat de voorbeelden die worden gegeven - los van het formeel karakter van het orgaan dat optreedt - toch altijd eerder over overheidsgebonden taken gaan.

Stel je daarentegen een zuiver contractuele discussie voor tussen een overheid en een leverancier, waar ook op het privaatrechtelijk handelen van een overheid de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zouden zijn. De overheid zou bij de uitoefening van een

bepaald recht uit dat contract (bv. een opzegging, een strafbeding) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten toepassen. De beslissing om het contract te beëindigen zal gemotiveerd moeten worden en het redelijkheidsbeginsel, evenredigheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en andere beginselen zullen gerespecteerd moeten worden. Deze aspecten maken volgens Jeroen Delvoie wel een verschil. Het zou een hogere standaard opleveren dan het algemeen criterium van het verbod van rechtsmisbruik dat vereist dat een zorgvuldig persoon niet de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht. Dit is ook beleidsmatig belangrijk. Jeroen Delvoie verschilt daar toch van mening met een aantal eerdere sprekers.

*Raymond Schlössels* stelt dat eerder een prikkelend dilemma naar voren is gebracht. Hij geeft aan dat een antwoord op zijn vraag of het verschil maakt, afhangt of je het dogmatisch of empirisch en praktisch beantwoordt. Een voorbeeld is het Nederlandse garagebedrijf dat tevens autokeuringen verricht. Dat kan naast een commercieel bedrijf ook een keuringsstation zijn. Als je dit dogmatisch bekijkt en het garagebedrijf schaft meetapparatuur aan voor de keuring van auto's dan is het bedrijf gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wordt dezelfde meetapparatuur aangeschaft voor de garage-werkplaats, dan is het puur privaatrecht. Dit maakt niet veel uit in de praktijk en dit werkt ook goed. Als je echter dogmatisch kijkt naar een APK-keuringsstation dan is het gebonden aan een heleboel fundamentele noties, zoals non-discriminatie, waar de ondernemer niet bij stilstaat. Het maakt dus wel uit, maar het hangt ervan af hoe je ernaar kijkt. Puur dogmatisch maakt het veel uit.

Een expert vanuit Nederland heeft een proefschrift geschreven over semi-publieke instellingen en de vraag in hoeverre die aan publiekrechtelijke normen zijn gebonden. Hij heeft daarin ook jurisprudentieonderzoek verricht omtrent de vraag in hoeverre niet-bestuursorganen zijn gebonden aan publiekrechtelijke beginselen en hoe de burgerlijke rechter daarmee omgaat. Hij gaat in op het eerder aangehaalde punt en vraagt zich af of we een probleem hebben. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid zou het helpen als de burgerlijke rechter een algemene norm meer kan terugbrengen naar een specifieke norm en 'het beestje bij de naam noemt'. We hoeven de burgerlijke rechter daar niet in te onderschatten omdat de burgerlijke rechter ook soms aangeeft dat het een ongeschreven regel van privaatrecht is. Dit zie je bijvoorbeeld terug in de jurisprudentie bij wooncorporaties waarbij het gelijkheidsbeginsel is ingepast als een beroep op onrechtmatige daad. Maar het zou goed zijn als de burgerlijke rechter het beestje bij de naam noemt omdat het beginsel op die manier verder ontwikkeld kan worden en rechtssubjecten beter weten waar ze aan toe zijn. Het is daarnaast ook een gemeenschappelijk beginsel want het gelijkheidsbeginsel geldt ook in het publiekrecht. Er wordt vanuit Nederlandse zijde gevraagd of het toch niet zou helpen om daarin te differentiëren en niet alleen te denken in een glijdende schaal van meer of minder publiek belang. Het is ook belangrijk om te denken in het kader van meer of minder macht, waarbij ook gedacht mag worden aan de publieke macht door private instellingen. Het

noemen van de normen bij de naam is ook een vraag aan de privaatrechtelijke experts om daarover na te denken.

Een andere vraag is of we het leerstuk niet breder moeten trekken in empirisch onderzoek? Een deelnemer vanuit Nederland merkt op dat er veel wordt nagedacht vanuit de gedachte dat de overheid privaatrechtelijke rechtspersonen inzet voor het behartigen van het publiek belang. Inmiddels zijn wij in een tijd gekomen waarin grote multinationals laten zien dat er veel privaatrechtelijke initiatieven zijn die zich vanuit zichzelf begeven in het publieke domein en zich opstellen als soort van overheden. Als we kijken naar het onderzoeksterrein, wordt opgemerkt dat we het veel breder moeten trekken en dat grote instellingen die geen banden hebben met de overheid maar zich wel gedragen als overheid en veel macht hebben die moet worden geduid, ook gezien kunnen worden als publieke machten.

Een Belgische expert vindt de vraag 'of het verschil uitmaakt' een boeiende. Hij is het er volledig mee eens dat de civiele rechter ermee weg kan in concrete situaties, aangezien het open normen zijn en hij daar in veel gevallen voldoende aan heeft. In België moet de rechter opletten dat hij niet wordt gecasseerd door het Hof van Cassatie. Er bestaan twee cruciale verschilpunten. Ten eerste is er de veronderstelling dat de invulling in de rechtspraak casuïstisch is. In België is er evenwel discussie over de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag. Uit een analyse van de rechterlijke uitspraken blijkt dat er wel degelijk een lijn in de jurisprudentie zit. Als je het zorgvuldigheidsbeginsel generaliseert dan is daar sprake van een uitgesproken lijn van diligent optreden van de werkgever in de brede zin van het woord. Vanuit de theorievorming is het van belang om vast te stellen dat de rechtspraak bij het toepassen van de open normen meer consistent is dan men zou denken als men enkel naar de beslissing kijkt.

Een tweede punt dat de Belgische deelnemer aanhaalt, is: 'Wat te doen bij leemten in de wetgeving?'. Dergelijke leemtes zijn de reden waarom het motiveringsbeginsel in het arbeidsrecht ter sprake is gekomen in de paper. Bij gebrek aan concrete richtlijnen hanteert de arbeidsrechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ter invulling van de leemten, en met de steun van het Grondwettelijk Hof kan dit ook. Volgens de expert bestaat daar een belangrijke signaalfunctie van de rechter. Hij vermeldt twee gelijkaardige situaties die zich in België hebben voorgedaan. Een eerste betreft de goede trouw bij elektriciteitsafsluitingen. In de jaren tachtig van de vorige eeuw rees er hier discussie over waarop de vrederechters massaal de goede trouw en het redelijkheidsbeginsel toepasten. Vervolgens kwam de wetgever tussen, na dit signaal van de vrederechters. Een tweede situatie betreft de sancties in het sociale zekerheidsrecht. De algemene beginselen werden ook in de jaren tachtig van de vorige eeuw opgeworpen, waarna het Handvest Sociale Zekerheid tot stand werd gebracht als een bevestiging van de algemene beginselen. Men baseerde zich daarbij op de rechtspraak. Wij zijn vergeten dat dit tot stand kwam in dialoog met de rechter die een signaal gaf via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Geconfronteerd met significante rechtspraak, gaat de wetgever niet zelden ingrijpen. Het is de taak van de wetgever om de leemte op te vullen en dat is ook wat het Grondwettelijk Hof

in België probeert te zeggen. Vaak fungeren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hierbij als een hefboom.

*Martijn Scheltema* merkt op dat er een aantal vraagpunten wordt opgeworpen in de discussie. Hoe moeten we de multinationals in de klauwen gaan houden die in feite deels hun eigen staat aan het creëren zijn? Moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor dergelijk handelen ook van toepassing zijn? Of moet naar heel andere soorten systemen worden gegrepen? In het internationaal recht moeten dergelijke bedrijven zich in het licht van VN-raamwerken houden aan allerlei mensenrechten. Er zijn ook klachtprocedures gecreëerd waarin beginselen gelden die enorm lijken op hetgeen in het bestuursrecht vooropgesteld is, bijvoorbeeld in hoofdstuk 9 van de Awb. Gaat de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in dit geval helpen?

*Raymond Schlössels* geeft aan dat hij terughoudender en sceptisch is over de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op dat terrein. Hij vraagt zich af *wie* de overheid is en *wat* de overheid is. Grote internetbedrijven moeten niet gezien worden als overheid, dat gaat te ver. Het probleem van de machtsconcentratie wordt wel erkend. In dat geval wordt meer het geschetste tweede scenario verwacht. We moeten inzetten op de bescherming van grondrechten, ook juist door de overheid, maar de overheid moet ook zorgen dat de multinationals die in acht nemen. Of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur veel kunnen betekenen voor deze materie is niet zeker. Deze beginselen zijn ontwikkeld voor het overheidsbegrip, voor het uitoefenen van openbaar gezag en formeel gezien komt het handelen van een multinational niet in de buurt van dit gezag. Dat een bedrijf macht heeft, betekent nog niet dat je tevens overheidsgezag hebt. Veel feitelijke macht maakt je nog geen overheidsinstelling.

Een expert vanuit Belgische hoek wil graag repliceren op de vraag omtrent multinationals. De expert geeft aan dat daarbij niet uit het oog mag worden verloren dat die wel degelijk aan eigen regels worden onderworpen. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om regels rond consumentenbescherming die vanuit het Europees recht worden opgelegd waar ook geen onevenwicht mag zijn in contracten met consumenten. Ook de regeling rond General Data Protection Regulation (GDPR), de regels rond anti-trust en het mededingingsrecht geven houvast. De multinationals hebben al een hele cluster aan regels die misschien niet altijd even adequaat zijn, maar je kan je wel de vraag stellen - en op dat vlak is de Belgische expert het volledig eens met Raymond Schlössels - of je die algemene beginselen van behoorlijk bestuur daar wel nodig hebt. De beginselen zijn heel 'overheidseigen' en het toepassingsgebied is op maat van de overheid geschreven - los van haar privaatrechtelijke equivalenten. De overheid is volgens de expert de kern, de Staat, de regio's, de publiekrechtelijke rechtspersonen die daaraan hangen, en diegene die met openbaar gezag zijn bekleed. Daar zou het moeten eindigen, en al het overige is een zaak van het privaatrecht waar via de open normen rekening kan worden gehouden met de specifieke machtssituatie waarin een werkgever zich ten

opzichte van een werknemer kan bevinden (bv. een grote telecomoperator ten opzichte van zijn cliënt). Maar daar dienen de open normen voor. De Belgische expert vervolgt dat met betrekking tot de invulling van de open normen door de rechters niet mag worden vergeten dat het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in België een jurisprudentieel recht is. Op basis van een zin in het Burgerlijk Wetboek is een volledige rechtspraak ontwikkeld. Om de beginselen te stroomlijnen, is een oefening aan de gang om die beginselen te consolideren in een wet. Het voordeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer prominent op specifieke overheidsrechtspersonen van toepassing te maken, is het bieden van houvast. Niet alleen voor de rechter die weet dat hij de beginselen moet toepassen, tevens voor de rechtzoekende die weet dat er een aantal beginselen duidelijk van toepassing zijn op bepaalde entiteiten. De rechtzoekende kan zijn verweer hier vervolgens rond opbouwen, zonder dat er moet worden gewerkt rond open normen waarvan hij niet *a priori* weet hoe de rechter er mee zal omgaan. Dit is het grote voordeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

*Kurt Willems* verwoordt het iets wit-zwarter door te stellen dat dit een pleidooi is om de open normen *versus* de beginselen van behoorlijk bestuur uit elkaar te houden, met de kwalificatie van 'overheid' als afbakenend criterium omtrent welk van de twee je dan toepast.

Van Nederlandse zijde wordt gereageerd op de opmerking over grote multinationals (in het publieke domein). Over dit onderwerp bestaat al heel lang jurisprudentie van de Nederlandse burgerlijke rechter die gaat over de monopoliepositie bij bedrijven. Dit betreft de zogenaamde 'Brinkmann jurisprudentie' uit 1968.<sup>6</sup> Deze jurisprudentie is toegepast op de nutsbedrijven en daarbij is aangeknoopt bij misbruik van bevoegdheid die lijkt op het willekeurbeginnsel en het evenredigheidsbeginnsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze manier van toetsing wordt al erkend in Nederland. Er is ook veel congruentie tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen die de Nederlandse civiele rechter toepast op basis van de wet zoals de hoorplicht, het vertrouwensbeginnsel en het motiveringsbeginnsel. Deze beginselen zijn op veel plaatsen bekend in het civiele recht, soms zelf in specifieke bepalingen. Het verschil is niet zwart-wit maar er zijn heel veel grijstinten. Het vermeende 'rechtstekort' is vrij klein.

Wat betreft de ja/nee toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: deze zit naar zijn mening niet in de vraag of de betrokken entiteit een bestuursorgaan is of niet. Als je de SKV-uitspraken bestudeert dan zit daar wel meer ruimte in.<sup>7</sup> De vrees daar is dat het alleen kijken naar de vraag of een entiteit een taak van algemeen belang heeft en financiering van de overheid krijgt, om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing te doen zijn, deze toepassing te breed maakt. Langemeijer benoemt in zijn conclusie de milieuactiebewegingen die ook aan deze voorwaarde voldoen maar waarbij het gek zou zijn als deze aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden zouden

---

<sup>6</sup> HR 24 mei 1968, NJ1968, 252 (*Buma/Brinkmann*).

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:AE9249.

zijn. Bij de nutsbedrijven met een publieke taak is het te verklaren dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, ook al zijn die duidelijk geen bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Enige relativering is dus gepast. Bij multinationals ligt het weer lastiger.

*Martijn Scheltema* merkt op dat dit een nuttige nuancering was via oudere rechtspraak over de nutsbedrijven. Nutsbedrijven doen eerder een min of meer publieke taak, terwijl het bij de multinationals natuurlijk de vraag is of dit ook zo is. De vraag wordt opgeworpen of dit per se een verschil zou moeten uitmaken. In het kader van de consumentenbescherming worden wellicht ook al zaken gebruikt gelijkaardig aan hetgeen er in het kader van bescherming tegen de overheid bestaat, waarbij die beginselen misschien ook een rol kunnen spelen.

Er rijst ook nog de vraag in hoeverre er fundamenteel verschil zou moeten zitten tussen hoe er wordt omgegaan met 'echte' overheden en private instellingen die een overheidstaak uitoefenen. Het lijkt erop dat het antwoord net is gegeven in de richting dat dit eigenlijk niet nodig is, maar er wordt voorgesteld dat er nog kan worden gedifferentieerd naargelang de aard van de overheidstaak. Is het niet anders of het bijvoorbeeld bevoegdheidsovereenkomsten betreft, of dat het gaat om een overheid die potloden inkoopt? Maakt het nog uit of we een echte overheid hebben, een publiekrechtelijk rechtspersoon, een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, 1, a Awb, of een private entiteit die een overheidstaak uitoefent?

*Jeroen Delvoie* is het niet helemaal eens met de visie die er op dit ogenblik langs Belgische zijde gaat domineren. Zowel Stéphanie De Somer als een Belgische expert hebben respectievelijk in hun paper en tussenkomst bepleit dat 'een overheid een overheid is' en dat het niet zou mogen uitmaken of die overheid nu publiekrechtelijk of privaatrechtelijk handelt. Jeroen Delvoie begrijpt dit standpunt vanuit het idee dat het niet enkel in het belang van de rechtsbescherming is, maar omdat je van de overheid verwacht dat ze altijd in het algemeen belang handelt - dat ze altijd het meest kristalheldere water schenkt. Hij vindt dit echter een moeilijk standpunt omdat je aanloopt tegen het feit dat je gelijke situaties ongelijk en ongelijke situaties gelijk aan het behandelen bent.

Jeroen Delvoie geeft het voorbeeld waarbij het contractrechtelijk leveren van potloden, wc-papier, papier aan een overheidsadministratie toch niet erg verschillend is van het geval waarin een bedrijf printpapier aan Microsoft levert. Er is geen dwang en eenzijdigheid, het bedrijf *moet* niet leveren aan de overheid, en de contractuele relatie lijkt heel erg op die van een contractuele relatie met Microsoft. Wanneer je een huis zou willen bouwen maakt het daarentegen wel een groot verschil of het gaat om de vraag met welke aannemer je zal werken, dan wel of de gemeente je al dan niet een bouwvergunning zal afleveren. Het eerste bevindt zich in de contractuele relatie, maar het tweede is een overheidsprerogatief met sanctie en dwang. Als vervolgens wordt gezegd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks op *al* het overheidshandelen moeten worden toegepast dan krijg je een aantal merkwaardige breuklijnen. Als een contractuele discussie rijst over het printpapier met

de klant, dan zou het in die visie een essentieel verschil moeten maken of die klant een overheidsinstantie of Microsoft is. In het eerste geval moet je de algemene beginselen toepassen, de leverancier eventueel horen, bij de opzegging het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel toepassen, motiveren etc., en moet de rechter dit allemaal toetsen. In het tweede geval is het enkel het contractenrecht, met eventueel wat open normen zoals rechtsmisbruik. Dat lijkt toch een fundamenteel ander verhaal. Terwijl de situatie vanuit het oogpunt van de leverancier niet heel verschillend is. Waarom moet een leverancier die aan overheden levert zoveel beter beschermd zijn? In dat geval ben je gelijke situaties ongelijk aan het behandelen (tenzij je in het verlengde van de discussie over multinationals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing acht in de relatie met Microsoft, maar dat is een heel andere discussie). In dat geval komt Jeroen Delvoie bij zijn eerdere punt: het zijn wel degelijk twee verschillende standaarden. In het andere voorbeeld (aannemer vs. bouwvergunning) zou dan weer vanuit diezelfde logica van “de overheid is altijd de overheid” hetzelfde rechtskader worden toegepast op heel verschillende situaties, nl. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zowel op de contractuele discussie over het wc-papier/printpapier als op de situatie waarin de burgemeester een bouwvergunning gaat weigeren. Dat wordt dan gelijk behandeld, terwijl dit volgens Jeroen Delvoie heel verschillende situaties zijn. [De vraag welke rechtsbescherming ik nodig heb wanneer mijn klant mijn printpapier niet goed vindt, is van een heel andere orde dan de wanneer de burgemeester mijn bouwvergunning weigert omdat mijn dochter de zijne uit de lokale voetbalploeg houdt]. Hij vindt de op eerste gezicht logische insteek van “de overheid is altijd de overheid” vanuit die optiek niet zo evident en pleit er vervolgens ook niet voor om die algemene beginselen van behoorlijk bestuur zo breed te gaan toepassen in België.

*Stéphanie De Somer* vindt de analyse van Jeroen Delvoie correct indien er vanuit wordt gegaan dat het doel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vooral het corrigeren van een gelijkheidsrelatie tussen de overheid en de bestuurden is. Volgens Stéphanie De Somer zijn we daar echter toch al een stukje voorbij. Als de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op publiekrechtelijke actoren zou worden beperkt tot die gevallen waarin de overheidsactor openbaar gezag uitoefent, zouden we *de facto* kunnen zeggen dat ze nooit van toepassing zullen zijn aangezien dit begrip eng wordt ingevuld naar Belgisch recht. Er bestaat een andere belangrijke doelstelling achter de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het Grondwettelijk Hof ook benadrukt in zijn recente rechtspraak, zijnde dat de overheid zorgvuldig moet handelen, in het algemeen belang. In deze context is het ook belangrijk dat de overheid met overheidsgeld/belastinggeld werkt. Als je dit in het achterhoofd houdt, dan mag je wel verlangen van de overheid dat ze ook in de ‘contractuele’ relatie die beginselen van behoorlijk bestuur respecteert.

Vanuit België wordt aangegeven dat het voorbeeld van de aankoop van potloden net het voorbeeld is dat het tegendeel aantoonde omdat de wetgeving op overheidsopdrachten de aanbestedingsbeginselen van invloed laat zijn op een bepaald aankoopbeleid.

*Jeroen Delvoie* reageert daarop dat hij met dit voorbeeld de uitvoering van de overeenkomst op het oog heeft. Waar de wetgever *niet* via bijzondere wetgeving van het civiele recht afwijkt, moet men dat ook respecteren.

## **Afsluiting**

### **Lidy Wiggers-Rust**

Lidy Wiggers-Rust constateert dat we helaas alweer aan het einde zijn gekomen van deze bijzonder interessante gedachtewisseling. Zij dankt de moderatoren Martijn en Kurt voor hun soepele en mooie leiding van de dialoog. Zij dankt ook de auteurs-sprekers die niet alleen uitstekend materiaal hebben geschreven maar daarnaast een voortrekkersrol hadden in de dialoog. Alle lof en dank ook aan experts om daaraan zo goed mee te doen!

Niet vergeten mogen worden Marie DeCock en Céline Jaspers die de meeting online voor ons verzorgden, terwijl we benieuwd zijn naar de verslaglegging van de meeting door Marin Coerts voor Nederland en Marie DeCock voor België.

Al wat we hebben gehoord, en dat is heel veel, zal nog eens goed worden doorgedacht en in een bundel worden neergelegd, die ook op de website van het Platform ([www.recht-in-dialoog.eu](http://www.recht-in-dialoog.eu)) zal worden geplaatst. Daarover zullen de deelnemers aan deze meeting nog worden geïnformeerd. De middag zal ons helpen bestuursrecht en privaatrecht beter te kunnen overzien. Gelet op de vervagende grenzen tussen die gebieden hebben we daaraan allen in toenemende mate behoefte.

### *Voorlopige inhoudelijke afronding*

Mogelijk kunnen we voor dit moment concluderen dat toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op alle overheidshandelen in Nederland een gegeven is. Tussen materiële en formele beginselen is niet echt onderscheid zichtbaar. Anders in België, waar de toepassing van de beginselen met name ziet op publiekrechtelijk handelen van de overheid en het antwoord op de vraag of dit ook voor privaatrechtelijk handelen zou moeten gelden niet uniform is. Sprake is daar mede onder invloed van Europees recht en grondrechten wel van een groeiproces. We hebben voor Nederland (met een zekere parallellie voor België) verhelderd dat bij gebruikmaking van privaatrechtelijke instrumenten als de redelijkheid en billijkheid en de betamelijkheid betekenis pleegt te worden toegekend aan de bijzondere hoedanigheid van de handelende partij en de door deze behartigde belangen, zodat, ook als niet (expliciet) wordt verwezen naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, niet voor een rechtstekort behoefte te worden gevreesd. Verder empirisch onderzoek wordt voorgestaan. Het voorgaande neemt overigens niet weg dat het, ook als het gaat om indirecte toetsing via open normen, wel zinvol is (dat kan ook in Nederland veel beter) deze beginselen te benoemen: dat zal tot concretere toetsing leiden, de rechtseenheid bevorderen en de



mogelijkheid van onderlinge beïnvloeding van publiek- en privaatrecht (de osmose) vergroten. Het vertrouwen van in het bijzonder de publiekrechtelijke juristen in het privaatrecht zal daarmee tevens gediend zijn. Over de eventuele verruiming van het toepassingsbereik van de beginselen moet nog nader worden gepuzzeld. Daarvoor is met deze meeting al wel een basis gelegd. Verder onderzoek kan hier de weg wijzen. Daarin zullen dan pro's en cons, die vandaag nog niet aan de orde kwamen, kunnen en moeten worden meegenomen.

Een afsluitende borrel wordt 'koud gezet' voor een volgende keer!

De derde expertmeeting, die zal gaan over het verhaal van door de overheid gemaakte kosten, vindt plaats op 15 oktober 2021, zo snel omdat de meeting van vandaag werd uitgesteld in verband met Covid-19. Opnieuw zal worden gestreefd naar een representatieve groep van experts. Mochten er vanuit de vergadering ideeën dan wel wensen zijn voor onderwerpen dan wel andere feedback dan worden deze graag op het e-mailadres van het Platform tegemoet gezien.

Lidy Wiggers-Rust dankt allen nogmaals en wenst een mooi Pinksterreces toe!