

Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter

*Chris Jansen*¹

- I. INLEIDING (NRS. 1 T/M 9)
- II. TOEPASSING VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN GEVAL VAN PRIVAATRECHTELIJK HANDELEN DOOR DE OVERHEID (NRS. 10 T/M 44)
VRAAG 1 (NRS. 10 T/M 37)
VRAAG 2 (NRS. 38 T/M 44)
- III. TOEPASSING VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN GEVAL VAN PRIVAATRECHTELIJK HANDELEN DOOR PRIVATE PERSONEN DIE TAKEN VAN ALGEMEEN BELANG UITOEFENEN (NRS. 45 T/M 53)

1 Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht en co-director van het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de *Vrije* Universiteit Amsterdam. Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag.

I. INLEIDING

1. Deze bijdrage bestaat uit twee delen. Het eerste deel (zie hierna par. II) behandelt de rechtsontwikkeling die zich de afgelopen jaren in Nederland heeft voorgedaan met betrekking tot de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur in die gevallen waarin zij privaatrechtelijk handelt. Daarmee wordt beoogd antwoord te geven op de elders in deze bundel opgenomen vragen 1 en 2. In het tweede deel (zie hierna par. III) worden vervolgens de vragen 3 en 4 beantwoord. Dat deel betreft de rechtsontwikkeling die ziet op de mogelijke relevantie van de beginselen van behoorlijk bestuur in die gevallen waarin rechtssubjecten die *niet* tot de overheid in klassieke zin behoren, privaatrechtelijk handelen in het kader van de uitoefening van een taak van algemeen belang.

2. Het vertrekpunt voor de analyse van de hiervoor bedoelde rechtsontwikkelingen is artikel 3:14 BW. Daarin is bepaald: ‘Een bevoegdheid die iemand krachtens burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.’

3. Wat niet ter discussie staat, is dat deze wetsbepaling zich richt tot *alle* rechtssubjecten die privaatrechtelijk handelen: dat kunnen zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtssubjecten zijn.² Wat evenmin ter discussie staat, is dat de beginselen van behoorlijk bestuur deel uitmaken van de “regels van publiekrecht” als bedoeld in artikel 3:14 BW. De conclusie die uit het voorgaande echter *niet* mag worden getrokken, is dat *alle* privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtssubjecten op grond van artikel 3:14 BW aan de beginselen van behoorlijk bestuur zijn gebonden wanneer zij privaatrechtelijk handelen. Op basis van de jurisprudentie neemt de literatuur namelijk aan dat die gebondenheid alleen bestaat in het geval dat sprake is van privaatrechtelijk handelen van een *bestuursorgaan* in de zin van artikel 1:1 Awb.³

4. Uitgaande van de hiervoor genoemde beperking, volgt uit artikel 3:14 BW de meest ruime toepasselijkheid van de beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk handelen van de *overheid*.⁴ Deze stelling kan als volgt worden toegelicht.

5. De overheid is blijkens artikel 3:14 BW aan de beginselen van behoorlijk bestuur gebonden wanneer zij een “bevoegdheid” uitoefent die haar “krachtens het burgerlijk recht toekomt”. Wat daaronder moet worden verstaan, wordt in de parlementaire

2 Zie ook P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 466-467. Zij wijzen er overigens op dat uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:14 BW blijkt dat het artikel met name ziet op het privaatrechtelijk handelen van de overheid, zie MvA I, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3*, p. 1016, 1017 en *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3*, p. 1052 e.v.

3 HR 4 april 2003, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/ComforMed*). Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 467, 479. Anders: M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 83, die zich op het standpunt stellen dat organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geen bestuursorgaan zijn, maar die wel een publieke taak uitvoeren, via de band van artikel 3:14 BW onderworpen zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 478, 483.

geschiedenis niet nader toegelicht. Algemeen wordt echter aangenomen dat de overheid in al haar privaatrechtelijke verhoudingen aan de beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden.⁵ Die gebondenheid is dus niet enkel beperkt tot privaatrechtelijke rechtsverhoudingen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid – waarbij in het bijzonder valt te denken aan contractuele en pre-contractuele verhoudingen – maar strekt zich ook uit tot rechtsverhoudingen die kaderen in het onrechtmatigedaadsrecht.⁶ Bovendien wordt algemeen aangenomen dat van gebondenheid aan de beginselen sprake is bij alle soorten van privaatrechtelijk handelen.⁷ Het kan dan gaan om het uitoefenen van bevoegdheden op grond van een eigendomsrecht, het verrichten van rechtshandelingen en – zoals hiervoor al bleek – feitelijk handelen, althans voor zover het privaatrecht daar rechtsgevolgen aan verbindt.

6. Verder impliceert de verwijzing in artikel 3:14 BW naar “geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht” de gebondenheid van de overheid aan zowel de gecodificeerde⁸ als de niet gecodificeerde⁹ beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰ Ook maakt artikel 3:14 BW wat die gebondenheid betreft geen onderscheid tussen de formele¹¹ en de materiële¹² beginselen.¹³

7. Terzijde wordt opgemerkt dat de hiervoor genoemde onderscheidingen tussen gecodificeerde en niet gecodificeerde beginselen en tussen formele en materiële beginselen overigens wel relevant zullen zijn in het geval dat de gebondenheid van bestuursorganen aan de beginselen van behoorlijk bestuur zou worden geconstrueerd via de band artikel 3:1 lid 2 Awb.¹⁴ Voor het onderwerp van dit paper is dat echter niet problematisch, aangezien de gebondenheid van de overheid in geval van privaatrechtelijk overheidshandelen immers (ook) via artikel 3:14 BW kan worden geconstrueerd.

8. De burgerlijke rechter kan het privaatrechtelijk handelen van de overheid, gelet op de zogenoemde “kapstokfunctie” van artikel 3:14 BW *rechtstreeks* aan deze

5 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 481.

6 HR 24 april 1992, *AB* 1992/542, *NJ* 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*), in r.o. 3.3 en de conclusie bij dat arrest van A-G Mok onder nrs. 2.2 t/m 2.4. Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 481.

7 Zie Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 482.

8 Het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb); het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb); het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb); het motiveringsbeginsel (afdeling 3.7 Awb). Zie voor het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld art. 1 Gw).

9 Te denken valt aan het vertrouwensbeginsel.

10 Zie HR 24 april 1992, *AB* 1992/542, *NJ* 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*). Zie hierover ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 467, 478-479, 482.

11 Zie bijvoorbeeld HR 9 april 1999, *NJ* 1999, *NJ* 2000/219, m.nt. M. Scheltema (*Coevorden/Gasfabriek*). Formele beginselen van behoorlijk bestuur zijn: het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb); het fair play-beginsel (art. 2.4 Awb); het formele rechtszekerheidsbeginsel; en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb).

12 *Materiële* beginselen van behoorlijk bestuur zijn: het gelijkheidsbeginsel; het vertrouwensbeginsel; het materiële rechtszekerheidsbeginsel; het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb); de belangenafwegingsplicht (art. 3:4 lid 1 Awb); het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb).

13 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 482, 485, 496.

14 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 468-471.

beginselen toetsen.¹⁵ De Hoge Raad heeft verder geoordeeld dat de rechter dat handelen dan niet slechts “marginaal” aan de beginselen van behoorlijk bestuur dient te toetsen, zoals aan de orde zou kunnen zijn bij een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf.¹⁶

9. In het hiernavolgende zal bij de beantwoording van de vragen 1 tot en met 4 worden uitgegaan van de voorgaande kaders en uitgangspunten.

II. TOEPASSING VAN DE BEGINSLEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN GEVAL VAN PRIVAATRECHTELIJK HANDELEN DOOR DE OVERHEID

Vraag 1

Hoe staat het intussen met de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht en het privaatrecht in Nederland en België? In hoeverre moet de overheid deze bij het uitoefenen van haar privaatrechtelijke bevoegdheden in acht nemen? Worden deze beginselen door de bestuurs- en burgerlijke rechter voor de overheid op gelijke wijze toegepast of maakt het in zoverre nog verschil of de overheid in het bestuursrecht of het privaatrecht opereert?

10. Deze vraag wordt met het oog op de beantwoording daarvan in dit paper als volgt begrepen en nader afgebakend. In het geval dat de overheid privaatrechtelijk handelt, moet zij de beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Het is vervolgens aan de rechter om dat handelen normatief te beoordelen en daarbij de reikwijdte van de gebondenheid aan de beginselen aan te geven. Om vast te kunnen stellen of en in hoeverre de bestuursrechter en de burgerlijke rechter de beginselen in dat kader *op gelijke wijze* toepassen, moet eerst antwoord worden gegeven op de vraag *hoe* zij die beginselen op dit moment toepassen. Die beantwoording vindt in het navolgende plaats voor zover het de *burgerlijke* rechter betreft. Zij biedt vervolgens de mogelijkheid om de vergelijking aan te gaan met de stand van zaken zoals die blijkt uit het onderzoek naar de jurisprudentie van de bestuursrechter. Die vergelijking zelf vindt overigens niet in dit paper plaats. Bij de beantwoording van de hiervoor afgebakende vraag wordt niet ingegaan op het onderscheid tussen de materiële en de formele beginselen van behoorlijk bestuur. Een bespreking van de eventuele relevantie daarvan vindt plaats in het kader van de beantwoording van vraag 2, die in zoverre een verbijzondering van vraag 1 is.

11. In de vraagstelling ligt besloten dat voor de beantwoording daarvan de jurisprudentie van de burgerlijke rechter dient te worden onderzocht. Dat onderzoek kan niet beperkt blijven tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Integendeel, de vraagstelling noopt tot een onderzoek naar de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de feitenrechter in het concrete geval. Een analyse van de door feitenrechter in de afgelopen jaren gewezen relevante uitspraken zal naar verwachting immers een goed beeld kunnen geven van de in de vraagstelling bedoelde stand van zaken.

15 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 468.

16 HR 24 april 1992, *AB* 1992/542, *NJ* 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*), in r.o. 3.3. Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 481.

12. De jurisprudentie van de feitenrechter die voor een dergelijk onderzoek relevant is, laat zich niet eenvoudig selecteren. Er bestaat geen database waarin met behulp van eenvoudige zoekacties de uitspraken van de feitenrechter boven water kunnen worden gehaald die betrekking hebben op een privaatrechtelijk geschil tussen een private partij enerzijds en een overheid anderzijds en waarbij de rechter in het kader van de beoordeling van dat geschil de beginselen van behoorlijk bestuur al dan niet toepast. Voor het onderzoek is daarom gebruik gemaakt van een combinatie van deels elektronische en deels handmatige zoekacties. In het navolgende zal worden uiteengezet hoe het onderzoek is uitgevoerd en welke resultaten dat heeft opgeleverd.

13. Aan het begin van het onderzoek zijn op www.rechtspraak.nl zoekfilters ingesteld om een zoekactie te kunnen uitvoeren binnen de verzameling van uitspraken die in de periode van 1 januari 2015 tot 1 september 2020 zijn geweest door de rechtbanken en de gerechtshoven op het terrein van het verbintenissenrecht en het goederenrecht. Binnen die verzameling is vervolgens elektronisch gezocht naar uitspraken waarin variaties van de zoekterm “algemene beginselen van behoorlijk bestuur” voorkomen. Dat leverde een resultaat op van 49 uitspraken. Voor elk van deze uitspraken is vervolgens handmatig nagegaan wat de voor het onderzoek belangrijkste kenmerken van de uitspraken waren. Daarbij is natuurlijk in het bijzonder gekeken naar de toepassing door de rechter van de beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁷

14. Op basis van de resultaten van de analyse van de geselecteerde uitspraken zijn allereerst 5 uitspraken uit de selectie verwijderd. Voor 2 uitspraken bleek namelijk dat de zoekterm “algemene beginselen van behoorlijk bestuur” weliswaar in de tekst van de uitspraak voorkwam, maar niet in de stellingen van de betrokken partijen en evenmin in het oordeel van de rechter.¹⁸ Voor 3 uitspraken bleek dat de burgerlijke rechter vanwege zijn onbevoegdheid tot niet-ontvankelijkheid van de door de private partij ingestelde vordering moest oordelen.¹⁹

15. Daarmee resteerde een selectie van 44 uitspraken. Binnen deze selectie is vervolgens handmatig naar uitspraken gezocht waarin de private partij een vordering in conventie dan wel in reconventie instelde waarbij – uiteraard – werd gekozen voor een privaatrechtelijke grondslag van die vordering en waarbij die vordering binnen de kaders van de gekozen grondslag bovendien *direct* is gebaseerd op vermeend handelen van de overheid in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur. Van dit gevaltype – hierna aangeduid als “gevaltype 1” – zijn in de selectie in totaal 36 uitspraken aangetroffen. In 2 van die uitspraken werd de vordering gebaseerd op de nietigheid van een overeenkomst vanwege strijd met de algemene beginselen van behoorlijk

17 Het jurisprudentieonderzoek is op 1 september 2020 afgesloten met het oog op de presentatie daarvan tijdens een expert-meeting van het Platform in het najaar van 2020. In verband met de Coronamaatregelen is die expert-meeting echter verplaatst naar het voorjaar van 2021. Uitspraken die na 1 september 2020 zijn gepubliceerd, zijn niet meer in deze bijdrage verwerkt. Het gaat om de volgende uitspraken: Rb. Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4190; Hof Den Haag 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1920; Rb. Rotterdam 27 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9687; Rb. Noord-Holland 18 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9466; Rb. Midden-Nederland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1865; Rb. Den Haag 17 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1268.

18 Hof Den Haag 8 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:746; Rb. Den Haag 12 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1224.

19 Hof Den Haag (vzr.) 25 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2048; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 10 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1442, NJF 2019/285; Hof 's-Hertogenbosch 14 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2177.

bestuur.²⁰ In 1 uitspraak legde de private partij een toerekenbare tekortkoming van de overheid in de nakoming van de overeenkomst aan een van haar vorderingen ten grondslag, waarbij die tekortkoming onder andere zou bestaan uit handelen in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur.²¹ In 1 andere uitspraak werd de vordering gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid die de tussen partijen bestaande rechtsverhouding na de expiratedatum van een tijdelijke erfpacht beheerst.²² In alle overige 32 uitspraken koos de private partij als grondslag van haar vordering voor onrechtmatige daad. De tot deze laatste categorie behorende uitspraken laten zien dat de context waarbinnen de vermeend onrechtmatige gedraging van de overheid zoal kan worden geplaatst, zeer divers is. Het beweerdelijk handelen van de overheid in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur wordt in deze 32 uitspraken gekoppeld aan haar rol als wet- en regelgever,²³ toezichthouder,²⁴ besluitvormer op het gebied van ruimtelijke ordening,²⁵ uitvoerder van strafvonnissen,²⁶ uitvoerder van belastingwetgeving²⁷ en uitgever van frankeermiddelen²⁸. In een aantal andere van deze 32 uitspraken gaat het om zaken waarin de overheid handelt op basis van haar eigendomsbevoegdheid: in sommige van die zaken besluit zij om haar eigendomsrecht hetzij te handhaven²⁹, hetzij niet (verder) te beperken³⁰. In andere zaken vindt het vermeend onrechtmatig handelen van de

20 In Rb. Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9043 stelde de private partij een vordering uit onverschuldigde betaling in op grond van de nietigheid van de overeenkomst. In Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5735, is het weliswaar de overheid zelf die de vordering (tot nakoming van de overeenkomst) in conventie instelt, maar is de grondslag van het door de private partij tegen die vordering aangevoerde verweermiddel de nietigheid van de overeenkomst vanwege strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

21 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1683.

22 Rb. Den Haag 29 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3066. Zie in dit verband ook HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446.

23 Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1950 (bevestigd in HR 26 januari 2018, *NJ* 2018/238 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper en *AB* 2019/37, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmenrik); Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1951 (bevestigd in HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:109); Rb. Den Haag 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10331; Hof Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1251, *NJF* 2017/308; en Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:383.

24 Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:742 en Rb. Den Haag (vzr.) 7 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6204.

25 Rb. Den Haag (vzr.) 23 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6210.

26 Hof Den Haag 2 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1084; Hof Den Haag 29 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1087; Rb. Den Haag (vzr.) 3 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13618; Rb. Den Haag (vzr.) 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12692; en Rb. Den Haag (vzr.) 25 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11618.

27 Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8400; Rb. Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:304; Rb. Den Haag 17 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:359, *AR* 2018/413; Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:748; en Rb. Midden-Nederland 11 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4585.

28 Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:15, *NJ* 2020/117 (bevestigd in HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:210).

29 Rb. Midden-Nederland 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3319; Rb. Limburg 5 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8307; Rb. Den Haag 26 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1591. In deze zaken is het weliswaar de overheid zelf die de vordering in conventie instelt, maar is de grondslag van het door de private partij tegen die vordering aangevoerde verweermiddel een onrechtmatig daad van de overheid, waarbij de private partij zich direct baseert op handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

30 Rb. Den Haag (vzr.) 20 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:507; Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003; Hof Den Haag (vzr.) 20 december 2019,

overheid plaats in het kader van onderhandelingen over de verkoop van haar eigendom.³¹ Een laatste uitspraak betrof het handelen van de overheid in haar hoedanigheid van opdrachtgever in het kader van de uitvoering van een met een private partij gesloten overeenkomst tot het uitvoeren van schoonmaakwerkzaamheden.³²

16. Binnen de selectie van 44 uitspraken is vervolgens nog een tweede gevaltype aangetroffen. Tot dat “gevaltype 2” behoren 8 uitspraken waarin de door de private partij ingestelde vordering – binnen de kaders van de gekozen privaatrechtelijke grondslag daarvan – anders dan in gevaltype 1 *niet direct* is gebaseerd op vermeend handelen van de overheid in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur.³³ In plaats daarvan gebruikt de private partij de gebondenheid van de overheid aan die beginselen als een steunargument in het kader van de invulling van de privaatrechtelijke open norm waarop zij haar vordering heeft gebaseerd. In 1 uitspraak kleurt de private partij met een beroep op de beginselen de redelijkheidsnorm in van artikel 5:91 lid 4 BW³⁴.³⁵ In 1 andere uitspraak doet de private partij hetzelfde, maar nu met betrekking tot de redelijkheidsnorm van artikel 7:411 lid 2 BW³⁶ in het kader van een vordering uit overeenkomst.³⁷ In 5 van de 8 uitspraken gaat het eveneens om een vordering uit overeenkomst, waarbij de private partij de beginselen van behoorlijk bestuur dan inroept als argument ter inkleuring van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW³⁸.³⁹ In 1 minder duidelijke uitspraak lijkt de private partij aan de beginselen van behoorlijk bestuur een steunargument te willen ontleen in het kader van een

ECLI:NL:GHDHA:2019:3450; en Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

31 Rb. Midden-Nederland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1116, *JAAN* 2018/94; Rb. Noord-Holland 23 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:461; Rb. Den Haag 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11332; en Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:79.

32 Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:20172297.

33 In twee van deze uitspraken is daarnaast ook nog een vordering ingesteld die binnen de kaders van gevaltype 1 valt. Het gaat hier om Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003 en Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

34 Artikel 5:91 lid 4 BW: ‘Indien de eigenaar de vereiste toestemming [*tot overdracht of toebedeling van de erfpacht door de erfpachter, zie artikel 5:91 lid 1 BW, CJ*] zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, kan zijn toestemming op verzoek van degen die haar behoeft, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de zaak of het grootste gedeelte daarvan is gelegen.’

35 Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826.

36 Artikel 7:11 lid 2 BW: ‘In het in lid 1 bedoelde geval [*indien de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, en de verschuldigdheid van loon is afhankelijk van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd, zie artikel 7:411 lid 1 BW, CJ*] heeft de opdrachtnemer slechts recht op het volle loon, indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Op het bedrag van het loon worden de besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien, in mindering gebracht.’

37 Rb. Den Haag (vzr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16380.

38 Artikel 6:248 lid 1 BW: ‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’

39 Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, *TvHB* 2019/07, UDH:TvHB/15487 m.nt. F. Van Westrhenen en TvHB 2019/08, UDH:TvHB/15488 m.nt. M. van Schie.; Rb. Den Haag 7 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1407; Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, *RN* 2019/28; Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003; en Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

vordering gebaseerd op wilsovereenstemming die tussen haar en de overheid zou zijn bereikt ten aanzien van een voorbehoud in het kader van de totstandkoming van een koopovereenkomst.⁴⁰ Mocht de private partij met het beroep op de beginselen in deze laatste zaak al het oog hebben gehad op de inkleuring van een privaatrechtelijke open norm, dan komt de rechter daar – anders dan in de 7 andere uitspraken – niet meer aan toe.

17. Een derde gevaltype dat binnen de selectie van 44 uitspraken is aangetroffen, betreft gevallen waarbij de private partij haar vordering – binnen de kaders van de gekozen privaatrechtelijke grondslag daarvan – nóch direct baseert op vermeend handelen van de overheid in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur (gevaltype 1), nóch de gebondenheid van de overheid aan die beginselen als een steunargument gebruikt in het kader van de invulling van de privaatrechtelijke open norm die als grondslag van de vordering is gekozen (gevaltype 2). In de uitspraken die tot dit “gevaltype 3” behoren, is het de rechter zelf die besluit om na te gaan of en in hoeverre in het kader van de beoordeling van de vordering mogelijk relevantie toekomt aan de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur. In de selectie van 44 uitspraken zijn slechts 2 uitspraken aangetroffen die tot dit gevaltype kunnen worden gerekend. Van een volledig eigen initiatief van de rechter om de beginselen van stal te halen, lijkt in deze twee uitspraken ook overigens geen sprake te zijn. In 1 uitspraak vordert de private partij op grond van artikel 6:240 BW⁴¹ een verklaring voor recht dat een aantal artikelen van de door een overheid opgestelde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn indien zij van toepassing worden verklaard op een door die overheid uitgegeven erfpactrecht. Bij de inhoudstoetsing van die algemene voorwaarden kent de rechter vervolgens mede relevantie toe aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁴² Hij doet dat dan echter in navolging van een arrest van de Hoge Raad.⁴³ In 1 andere uitspraak vordert de private partij nakoming van een met de overheid gesloten koopovereenkomst. De overheid verweert zich tegen die vordering met een beroep op verjaring. Daartegen keert zich de stelling van de private partij dat van de overheid nog meer dan anders mag worden verwacht dat met burgers gesloten overeenkomsten als de onderhavige – kennelijk ook nadat geruime tijd en de voor verjaring gehanteerde wettelijke termijnen zijn verstreken – worden geëerbiedigd. Deze stelling is voor de rechter vervolgens het signaal om na te gaan of in het kader van het beroep van de overheid op verjaring relevantie toekomt aan haar gebondenheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁴⁴

18. In het navolgende zullen de resultaten van het jurisprudentieonderzoek nader worden geduid in het licht van de vraagstelling. Daarbij zal mede een verband worden gelegd met het recente onderzoek van Huisman en Van Ommeren, die de vraag hebben gesteld wat voor gewicht aan de beginselen van behoorlijk bestuur toekomt bij de daadwerkelijke toepassing daarvan door de burgerlijke rechter.⁴⁵

40 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2484.

41 Artikel 6:240 lid 1 BW: ‘Op vordering van een rechtspersoon als bedoeld in lid 3 kunnen bepaalde bedingen in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend worden verklaard (...)’.

42 Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:453.

43 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41, m.nt. H.B. Krans en TBR 2016/193, m.nt. C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck.

44 Rb. Midden-Nederland 11 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1658.

45 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 483.

19. Het eerste wat natuurlijk opvalt, is dat het overgrote deel van de gevonden uitspraken binnen de kaders van gevaltype 1 valt. In die uitspraken hebben de beginselen van behoorlijk bestuur zelfstandige betekenis, in die zin dat de rechter het privaatrechtelijk overheidshandelen *rechtstreeks* aan die beginselen kan toetsen vanwege de aard en inhoud van de door de private partij ingestelde vordering.⁴⁶ Voor zover de private partij zijn vordering voldoende heeft onderbouwd, voert de rechter in de tot gevaltype 1 behorende uitspraken deze toetsing ook daadwerkelijk uit. Wat verder opvalt, is dat de rechter op basis van die toetsing in alle uitspraken – op 1 na⁴⁷ – tot het oordeel komt dat de het handelen van de overheid *niet* in strijd is met de beginselen.

20. Van de tot gevaltype 1 behorende uitspraken is vervolgens nog nagegaan of en in hoeverre de door de rechter getoetste beginselen van behoorlijk bestuur in die uitspraken op gespannen voet staan met traditionele vermogensrechtelijke uitgangspunten. Daarbij is in aansluiting op het onderzoek van Huisman en Van Ommeren de aandacht vooral uitgegaan naar de mogelijke spanning tussen het beginsel van autonomie en contractvrijheid enerzijds en het gelijkheidsbeginsel anderzijds: ‘Het is namelijk niet gebruikelijk in een privaatrechtelijke rechtsverhouding dat een partij bij het sluiten van verschillende overeenkomsten de (potentiële) contractspartijen gelijk moet behandelen. Dit ligt echter voor de overheid anders omdat het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen. Een beginsel dat op gespannen voet staat met het vermogensrecht zorgt ervoor dat er een extra verplichting op de overheid komt te rusten in een privaatrechtelijke rechtsverhouding.’⁴⁸ Het door de auteurs gesignaleerde spanningsveld – alsook de oplossing daarvan door de rechter – kan duidelijk worden herkend in een aantal van de geselecteerde uitspraken. Die hebben betrekking op zaken waarin de overheid – buiten de context van de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht⁴⁹ – met verschillende private partijen gelijktijdig in gesprek ging over het aangaan van een overeenkomst. De rechter stelt in die uitspraken de contractsvrijheid van de overheid voorop, maar legt die vrijheid vervolgens aan banden met een verwijzing naar de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁰ In geen van deze zaken

46 En in een beperkt aantal uitspraken: vanwege de inhoud van het door de private partij tegen een vordering van de overheid gerichte verweermiddel.

47 Het betreft hier Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5735. In die uitspraak is het de overheid zelf die de vordering tot nakoming van de overeenkomst instelt en voert de private partij – met succes – het verweer dat die overeenkomst nietig is vanwege strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

48 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 483.

49 Uitspraken die betrekking hebben op de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht vallen buiten de kaders het onderzoek. De verplichting van de overheid om in het kader van de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel in acht te nemen, volgt namelijk niet uit de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur maar kan rechtstreeks op de Aanbestedingswet 2012 worden gebaseerd. Om uitspraken te kunnen selecteren die betrekking hebben op gevallen waarin de overheid handelt in het kader van de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht, zou op www.rechtspraak.nl ook overigens – anders dan in het onderzoek is gebeurd – onder het rechtsgebied “aanbestedingsrecht” moeten worden gezocht.

50 Zie Rb. Den Haag 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11332, rov. 4.2. Zie verder Hof ’s-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:79, rov. 5.7.1 t/m 5.7.5. Zie ook Rb. Midden-Nederland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1116, *JAAN* 2018/94, met name rov. 5.3, waarin de contractsvrijheid van de overheid een zwaarder gewicht toekomt dan in andere gevallen, omdat geen sprake is van gesprekken die gelijktijdig met meerdere private partijen worden gevoerd. Een bijzondere uitspraak betreft Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003, waarin de overheid weliswaar met slechts één

komt de rechter overigens tot het oordeel dat de overheid in strijd met die beginselen – in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel – zou hebben gehandeld.

21. Huisman en Van Ommeren merken in het verlengde van het voorgaande op dat het spanningsveld tussen de beginselen van behoorlijk bestuur en het vermogensrecht soms moeilijk te peilen is: ‘Dit komt doordat de positie van de overheid en de belangen waarmee de overheid rekening dient te houden, kunnen worden verdisconteerd in de open normen die het privaatrecht rijk is. Daar komt bij dat een expliciete verwijzing door de rechter naar een concreet algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in dergelijke gevallen nogal eens ontbreekt.’⁵¹ De hiervoor geselecteerde (8 + 2) uitspraken die binnen de kaders van de gevaltypen 2 en 3 vallen, zijn illustratief voor de eerste stelling van de auteurs. Dat het er al met al slechts 10 zijn, is indirect illustratief voor hun tweede stelling. Indirect, omdat het jurisprudentieonderzoek *niet* kan laten zien in hoeveel gevallen een private partij jegens een overheid heeft geageerd op basis van een open privaatrechtelijke norm, *zonder* dat die private partij (gevaltype 2) of de rechter (gevaltype 3) ter invulling van die open norm een beroep heeft gedaan op beginselen van behoorlijk bestuur. Om deze gevallen boven water te krijgen, zou een aanvullend jurisprudentieonderzoek moeten worden uitgevoerd. Daarbij doet zich dan de moeilijkheid voor dat het niet mogelijk is om met behulp van een elektronische zoekactie op www.rechtspraak.nl de uitspraken te selecteren die betrekking hebben op een privaatrechtelijk geschil tussen een private partij enerzijds en een overheid anderzijds en waarbij (varianten van) de zoekterm “algemene beginselen van behoorlijk bestuur” nóch in de stellingen van de betrokken partijen voorkomen, nóch in het oordeel van de rechter. Het is wel mogelijk – in aansluiting op het reeds uitgevoerde jurisprudentieonderzoek – om binnen de verzameling van uitspraken die in de onderzochte periode op het terrein van het verbintenissenrecht en het goederenrecht zijn geweest, afzonderlijke elektronische zoekacties uit te voeren. Daarbij zou dan gebruik kunnen worden gemaakt van zoektermen die zijn afgeleid van privaatrechtelijke leerstukken waarbinnen open normen figureren. Vervolgens zouden de gevonden resultaten dan nog handmatig dienen te worden geschoond van zowel de uitspraken waarin de overheid geen procespartij is, als de uitspraken die geen betrekking hebben op gevallen waarin de overheid privaatrechtelijk handelt.

22. In mei 2020 is in het kader van het vak Verdieping Contractenrecht aan de *Vrije Universiteit Amsterdam* door 29 studenten een quick scan uitgevoerd naar uitspraken van feitenrechters die binnen de hiervoor geschetste zoekcriteria vallen. Deze studenten kregen de opdracht om uitspraken te selecteren die hetzij verband hielden met een specifieke (on)benoemde overeenkomst, hetzij met een generiek leerstuk van contractenrecht. Wat de specifieke (on)benoemde overeenkomsten betreft, zochten 10 studenten

private partij in gesprek was, maar zich mocht beroepen op haar aan banden gelegde contractsvrijheid vanwege regelgeving die vereiste dat zij een openbare bieding aan het sluiten van de overeenkomst vooraf zou laten gaan. De rechter oordeelt dat de handelwijze van de overheid tevens in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, zie rov. 4.1, 4.4, 4.5 en 4.6. Zie verder nog Rb. Noord-Holland 23 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:461, rov. 4.15 e.v., waarin de rechter niet toekomt aan een toetsing van de beginselen. In rov. 4.27 oordeelt de rechter weliswaar nog naar aanleiding van de op afgebroken onderhandelingen gebaseerde vordering dat de overheid met het door haar gewekte vertrouwen haar contractsvrijheid jegens de private partij heeft prijsgegeven, maar nóch die vordering nóch dat oordeel zijn op het vertrouwensbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur gebaseerd.

51 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 483-484.

naar uitspraken die betrekking hebben op de koopovereenkomst, de huurovereenkomst, de overeenkomst van opdracht, de erfpachtovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst. De overige 19 studenten zochten naar uitspraken die betrekking hebben op de volgende contractenrechtelijke leerstukken: afgebroken onderhandelingen, schijn van volmachtverlening, dwaling, uitleg, ontbinding en opzegging. Deze quick scan leverde tientallen uitspraken op waarin de rechter een oordeel heeft gegeven over een vordering die in het kader van een privaatrechtelijk overheidscontract op basis van een open norm is ingesteld en waarin een expliciete verwijzing naar een concreet beginsel van behoorlijk bestuur ontbreekt.

23. De uitkomsten van de quick scan bevestigen de hiervoor weergegeven stelling van Huisman en Van Ommeren. Zoals hierna nog uitvoeriger zal worden toegelicht, achten zij het problematisch dat rechters in de hiervoor bedoelde gevallen een verwijzing naar de beginselen van behoorlijk bestuur achterwege laten, wanneer deze een open privaatrechtelijke norm moeten invullen. Alvorens op die problematisering in te gaan,⁵² zullen hierna eerst de tot gevaltype 2 behorende uitspraken aan een nader onderzoek worden onderworpen⁵³. Die uitspraken betreffen namelijk gevallen waarin de rechter de beginselen *wel* expliciet noemt wanneer hij invulling geeft aan een open privaatrechtelijke norm. In die gevallen vindt dan geen rechtstreekse (zoals bij gevaltype 1) maar een *indirecte* toetsing aan de beginselen plaats. Nader onderzoek van de tot gevaltype 2 behorende uitspraken kan inzicht geven in de wijze waarop de rechter in dat kader te werk gaat en in de eventuele meerwaarde daarvan.

24. Alvorens de tot gevaltype 2 behorende uitspraken nader te onderzoeken, merk ik eerst nog het volgende op. Als het gaat om een *indirecte* toetsing van de beginselen, spreekt men in dit verband ook wel van de zogenoemde “poortfunctie” van de open normen van het privaatrecht: via de poort van die normen dringen de beginselen van behoorlijk bestuur als het ware in het privaatrecht door.⁵⁴ Zoals hierna zal blijken, gaat het in de tot gevaltype 2 behorende uitspraken enkel en alleen om de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid. Terzijde: het is in theorie mogelijk om ook nog de poortfunctie van de maatschappelijke zorgvuldigheid (artikel 6:162 lid 2 BW⁵⁵) en van de openbare orde en goede zeden (artikel 3:40 lid 1 BW⁵⁶) te onderscheiden.⁵⁷ Men kan zich op basis van het jurisprudentieonderzoek echter afvragen of aan deze laatste open normen in de rechtspraak wel voldoende relevantie toekomt. Uit het onderzoek blijkt namelijk dat in het overgrote deel van de uitspraken – te weten: 32 – de rechter het handelen van de overheid niet *indirect* op de grondslag van onrechtmatige daad⁵⁸ aan de beginselen van behoorlijk bestuur behoeft te toetsen, maar dat hij dat handelen *rechtstreeks* aan (mogelijke strijd met) die beginselen kan toetsen. Dat komt doordat, voor

52 Zie nr. 32 e.v.

53 Zie nrs. 25 t/m 31.

54 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 485.

55 Artikel 6:162 lid 2 BW: ‘Als onrechtmatige daad kan worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’.

56 Artikel 3:40 lid 1 BW: ‘Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig’.

57 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 487-488.

58 Artikel 6:162 lid 1 BW: ‘Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden’.

zover uit de onderzochte uitspraken blijkt met welk beginsel van behoorlijk bestuur de overheid in strijd zou hebben gehandeld, het telkens gaat om een of meer *geschreven* beginselen. Daarmee kan de eventuele onrechtmatige daad van de overheid worden aangemerkt als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, zodat de eisende private partij – en daarmee ook de rechter – aan de poort(functie) van de maatschappelijke zorgvuldigheid voorbij kan gaan.⁵⁹ Dat is ook de reden waarom die 32 uitspraken zijn ondergebracht bij gevaltype 1. Het oordeel van de rechter over het handelen van de overheid – in het licht van het betreffende beginsel van behoorlijk bestuur – is in dat gevaltype dan als het ware allesbepalend voor het oordeel van de rechter over de onrechtmatigheid van dat handelen. Dat ligt anders in de hierna nog te bespreken uitspraken die tot gevaltype 2 behoren en waarin de beginselen via de poort van een open privaatrechtelijke norm – mede, maar niet uitsluitend – van invloed zijn op de rechterlijke beoordeling. Een opmerking die in het verlengde hiervan nog kan worden gemaakt, betreft de tot gevaltype 1 behorende 2 uitspraken waarin de rechter moest oordelen over de nietigheid van de tussen een private partij en een overheid gesloten overeenkomst. In deze uitspraken maakt de rechter niet duidelijk of hij toetst of de rechtshandeling – in het licht van de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur – in strijd is met de goede zeden of de openbare orde,⁶⁰ dan wel in strijd is met een dwingende wetsbepaling⁶¹.⁶² Dat is ook niet nodig: wanneer een overeenkomst naar haar inhoud of strekking immers in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur, is zij eveneens nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, waarbij het dan ook overigens geen verschil maakt of de overheid handelt in strijd met een geschreven dan wel een ongeschreven beginsel.⁶³ Het voorgaande betekent verder – en hier ligt weer de parallel met de onrechtmatigheid van het handelen vanwege strijd met een wettelijke plicht – dat voor zover de rechter tot het oordeel komt dat de overheid handelt in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, *dat* oordeel doorslaggevend is voor het nietigheidsoordeel: het handelen in strijd met de beginselen is dan niet één van de argumenten waarmee dat oordeel wordt geconstrueerd, zoals dat het geval is wanneer de beginselen via de poort van een open privaatrechtelijke norm naar binnen worden gehaald.

25. Daarmee kom ik toe aan de vraag hoe de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid op dit moment in de praktijk functioneert.⁶⁴ Zoals hiervoor aangegeven, zal deze vraag hierna worden beantwoord aan de hand van een nadere bestudering van de uitspraken die behoren tot het gevaltype 2. De algemene indruk die op basis van het onderzoek is verkregen, is dat het door de rechter in de beoordeling betrekken van de

59 Zie opnieuw artikel 6:162 lid 2 BW. Vgl. conclusie A-G Mok onder nrs. 2.2 t/m 2.4 bij HR 24 april 1992, *AB* 1992/542, *NJ* 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*).

60 Zie opnieuw artikel 3:40 lid 1 BW.

61 Artikel 3:40 lid 2 BW: ‘Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.’

62 Het lijkt erop dat de private partij zich in Rb. Den Haag 7 maart 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:9043* op de nietigheid van de overeenkomst beriep vanwege strijd met het gelijkheidsbeginsel. In Rb. Limburg 21 juni 2017, *ECLI:NL:RBLIM:2017:5735* verwees de private partij naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen en in het bijzonder naar ‘het legaliteitsvereiste, de rechtszekerheid en het motiveringsbeginsel’.

63 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 493.

64 Dat is wat ook Huisman en Van Ommeren zich afvragen, zie hun *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 486.

beginselen van behoorlijk bestuur weinig tot niets lijkt toe te voegen aan de beoordeling die zou hebben plaatsgevonden in het geval dat die beginselen *niet* in de beoordeling zouden zijn betrokken. Hierna volgt een korte bespreking van de relevante⁶⁵ uitspraken, ter onderbouwing van deze stelling.

26. De eerste zaak betreft het geval waarin de overheid als eigenaar van een perceel grond de private erfpachter toestemming tot overdracht van erfpacht weigert.⁶⁶ Die toestemming mag op grond van artikel 5:91 lid 4 BW echter alleen worden geweigerd op redelijke gronden. De rechter merkt met een verwijzing naar het arrest *Amsterdam/Ikon*⁶⁷ op dat in het geval dat de overheid eigenaar is, de weigering van de toestemming tevens moet worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en vervolgt dan met de overweging: ‘Dat betekent onder meer dat de belangen van de erfpachter bij het besluit tot weigering aantoonbaar moeten zijn meegewogen.’⁶⁸ Behoudens dat dit een wat vreemde overweging is – alsof de belangen van de erfpachter aantoonbaar *niet* behoeven te worden meegewogen in het geval dat de eigenaar *niet* aan de beginselen zou zijn gebonden? – lijkt het oordeel ook overigens enigszins gratuite te zijn. De rechter vervolgt zijn beoordeling namelijk met een afweging van de belangen van partijen, maar doet dat op dezelfde wijze waarop een rechter dat zou doen indien de eigenaar niet aan de beginselen van behoorlijk bestuur zou zijn gebonden.⁶⁹ Weliswaar wordt in die belangenafweging rekening gehouden met de bijzondere positie van de overheid als eerstverantwoordelijk voor de planvorming in het kader van de integrale gebiedsontwikkeling, maar met *dat* belang kan de rechter ook rekening houden via de band van een of meer gezichtspunten die een vast onderdeel vormen van van de meeromvattende gezichtspuntencatalogi die de burgerlijke rechter kan hanteren in het kader van een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.⁷⁰

27. In de tweede zaak hebben een overheid en een private partij een geschil over de uitoefening door de overheid van haar contractuele bevoegdheid tot vaststelling van een nieuwe huurprijs met betrekking tot een bedrijfsterrein.⁷¹ In dat kader vordert de private partij onder andere nakoming van de verplichting van de overheid om volledige openheid van zaken te geven wat betreft de door gebruikers van soortgelijke terreinen betaalde gebruiksvergoedingen. Deze verplichting vloeit volgens de private partij (mede) voort uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waarmee zij

65 In 1 van de 8 uitspraken komt de rechter zoals gezegd niet toe aan de inkleuring van een open privaatrechtelijke norm, zie Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2484. In 1 andere uitspraak overweegt de rechter dat nader onderzoek nodig is – waarvoor een kort geding zich echter niet leent – om de juistheid te kunnen beoordelen van de op de redelijkheidsnorm van artikel 7:411 lid 2 BW gebaseerde stellingen van de private partij dat de overheid, mede nu zij ook in haar civielrechtelijke betrekkingen gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, wanprestatie heeft geleverd door de overeenkomst met hem niet goed uit te voeren en door de onzorgvuldige opzegging van de overeenkomst, zie Rb. Den Haag (vzr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16380.

66 Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826.

67 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727; *AB* 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg; *AA* 1988/02, m.nt. P.W.C. Akkermans.

68 Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826, rov. 6.11.

69 Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826, rov. 6.12 en 6.13.

70 Te denken valt aan het in artikel 3:12 BW genoemde gezichtspunt van “de in het concreet voorliggende geval betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen” en het in de jurisprudentie ontwikkelde gezichtspunt van de “hoedanigheid” of “maatschappelijke positie” van partijen.

71 Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, TvHB 2019/07, UDH:TvHB/15487 m.nt. F. Van Westrhenen en TvHB 2019/08, UDH:TvHB/15488 m.nt. M. van Schie.

vermoedelijk het oog heeft op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷² De private partij doet in dat kader “op de voet van artikel 3:14 BW” ook een beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter oordeelt vervolgens – door aan te sluiten bij de verdere inhoud van de overeenkomst – dat op de overheid in beginsel een verplichting rust om openheid van zaken te geven. De rechter heeft de beginselen van behoorlijk bestuur echter niet nodig om tot dat oordeel te komen.⁷³ Vervolgens gaat de rechter in op de vraag naar de reikwijdte van de verplichting. Bij de beantwoording van deze vraag weegt de rechter ook de belangen van derden mee, gelet op de concurrentiegevoeligheid en het bedrijfsvertrouwelijke karakter van de door private huurder gevorderde informatie. De rechter doet dat echter opnieuw zonder daarvoor een zichtbaar beroep te doen op de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur en zonder dat hij de bijzondere hoedanigheid van de overheid als relevant gezichtspunt in zijn beoordeling betreft.⁷⁴ Zou de verhuurder van het bedrijfsterrein in dit geval niet aan de beginselen zijn gebonden, dan zou de rechter dezelfde beoordeling hebben uitgevoerd.

28. In de derde zaak vordert een private partij ontbinding van de met een overheid gesloten samenwerkingsovereenkomst vanwege een tekortkoming van de overheid in de nakoming van een contractuele verplichting.⁷⁵ Ook in deze zaak probeert de private partij die verplichting mede te construeren met behulp van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, die haars inziens zouden kunnen worden ingekleurd met de beginselen van behoorlijk bestuur. In dit geval komt de rechter echter niet toe aan een aanvulling van de overeenkomst – laat staan dat hij daarvoor een beroep doet op de beginselen – omdat de door de private partij gezochte verplichting reeds voldoende in de tekst van de overeenkomst zelf is voorzien.

29. In de vierde zaak legt een private partij met haar vorderingen onder andere de vraag op tafel of de overheid in de toekomst de overeenkomst, op basis waarvan zij in het verleden een voorkeursrecht aan de private partij heeft verleend, kan opzeggen en – zo ja – onder welke voorwaarden dat dan dient te gebeuren, mede in het licht van de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁷⁶ De rechter begint zijn beantwoording van deze vragen met een impliciete verwijzing naar de op de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid gebaseerde standaardjurisprudentie van de Hoge Raad over de opzegging – mede ook door overheden – van duurovereenkomsten.⁷⁷ In die standaardjurisprudentie fungeert de redelijkheid en billijkheid overigens niet als poortfunctie voor de beginselen van behoorlijk bestuur. Dat laat natuurlijk onverlet dat de overheid de beginselen in acht zal moeten nemen wanneer zij de overeenkomst wil opzeggen.⁷⁸ Wat dat precies betekent in het geval dat de overheid in de toekomst overgaat tot opzegging van de onderhavige overeenkomst, dat kan

72 Artikel 6:248 lid 1 BW. De rechter lijkt dat ook zo te begrijpen, daar waar hij in het kader van de aanvulling van de overeenkomst in rov. 4.14 aansluit bij hetgeen partijen reeds in de overeenkomst hebben geregeld.

73 Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, rov. 4.14.

74 Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, rov. 4.15 t/m 4.17.

75 Rb. Den Haag 7 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14070.

76 Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, *RN* 2019/28.

77 Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, rov. 4.29. Zie bijvoorbeeld HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; *AB* 2012/85 m.nt. F.J. van Ommen; *Gst.* 2012/49, m.nt. A.J. van Poortvliet; *TBR* 2012/58, m.nt. J.E. Brink-van der Meer en A.J. van der Vegt.

78 Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, rov. 4.34.

de rechter niet aangeven: dat zal namelijk afhangen van de wijze waarop de opzegging in concreto plaatsvindt.⁷⁹ Tegelijkertijd is de rechter wel in staat om op basis van de redelijkheid en billijkheid nu reeds te oordelen – en opnieuw: zonder dat de beginselen van behoorlijk bestuur er daarbij aan te pas komen – dat een opzegtermijn van één jaar, zonder een aanvullende verplichting tot schadevergoeding, in dit geval redelijk is.⁸⁰

30. In de vijfde zaak komt een private partij op tegen de weigering door een overheid om een erfpachtrecht te verlengen.⁸¹ In het kader van haar primaire vordering tot nakoming stelt de private partij zich onder andere op het standpunt dat de erfpacht(voorwaarden) op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid⁸² zouden moeten worden aangevuld met een verplichting van de overheid om haar financieel te compenseren. Bij de beantwoording van de vraag of de redelijkheid en billijkheid in dit geval zo'n verplichting meebrengen, ontleent de private partij een steunargument aan de gebondenheid van de overheid aan het evenredigheidsbeginsel⁸³.⁸⁴ Niet-tegenstaande het feit dat artikel 6:248 BW in het goederenrecht volgens de rechter terughoudend moet worden toegepast,⁸⁵ gaat deze vervolgens in op het beroep op het evenredigheidsbeginsel. Hij doet dat met een verwijzing naar zijn beoordeling van de subsidiaire vordering van de private partij tot schadevergoeding.⁸⁶ Die vordering is direct gebaseerd op vermeend handelen van de overheid in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder opnieuw het evenredigheidsbeginsel.⁸⁷ In de beoordeling van de subsidiaire vordering gaat de rechter in op het belang van de overheid bij herontwikkeling van het betreffende perceel en overweegt hij verder dat de private partij over wetenschap beschikte op basis waarvan zij tijdig had kunnen anticiperen op de beëindiging van het erfpachtrecht en haar financieel nadeel aldus had kunnen beperken.⁸⁸ Dit zijn argumenten die eveneens zouden kunnen worden gebruikt in het kader van de beoordeling van een beëindiging van een overeenkomst, zonder dat daarbij sprake is van een aan de beginselen van behoorlijk bestuur gebonden overheid. Dat de argumentatie door de rechter wordt opgebouwd vanuit het evenredigheidsbeginsel, levert op zichzelf geen nieuwe argumenten op. Wat overigens opvalt, is dat de rechter vervolgens oordeelt dat – nu er in het kader van de subsidiaire vordering is geoordeeld dat er geen sprake is van schending van het evenredigheidsbeginsel – het beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in het kader van de primaire vordering niet opgaat.⁸⁹ Dat suggereert dat de inkleuring van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid volledig zou worden bepaald door het antwoord op de vraag of de overheid het evenredigheidsbeginsel al dan niet heeft geschonden. Daarmee lijkt de rechter eraan voorbij te gaan dat er daarnaast ook nog sprake kan zijn van andere feiten en omstandigheden die, via de band van de gezichtspuntencatalogus van artikel 6:248 lid 1 BW, gewicht in de schaal kunnen leggen.

79 *Ibid.*

80 Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, rov. 4.32 en 4.33.

81 Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

82 Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24.

83 Artikel 3:4 Awb.

84 Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24.

85 Vermoedelijk is artikel 6:248 lid 1 BW in dit geval toegepast via de schakelbepaling van artikel 6:216 BW.

86 Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24 *jo.* 4.26 e.v.

87 Deze uitspraak kadert daarmee zoals gezegd niet alleen binnen gevaltype 2, maar ook binnen gevaltype 1.

88 Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.38.

89 Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24.

31. In de zesde zaak komt een private partij op tegen de weigering door een overheid om haar medewerking en toestemming te verlenen aan de vervreemding door de private partij van haar erfpachtrecht aan een derde, gevolgd door wijziging van de erfpachtbestemming van de gronden en de verlening van een opstalrecht voor de realisatie van een gedeelte van een zonnepark op die gronden.⁹⁰ De door de private partij ingestelde vorderingen tot het verlenen van medewerking en toestemming zijn onder andere gebaseerd op de stelling dat de overheid met haar weigering toerekenbaar tekortschiet in haar verplichtingen uit hoofde van de erfpachtovereenkomst en dat de overheid op basis van die overeenkomst gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁹¹ De uitspraak maakt niet duidelijk of de rechter dat laatste opvat als een beroep op de aanvullende dan wel de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.⁹² Wat wel duidelijk is, is dat de rechter bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid tot uitgangspunt neemt dat in dat kader ook betekenis toekomt aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁹³ De rechter oordeelt namelijk dat de overheid in beginsel zelf de bevoegdheid heeft om te bepalen of zij gronden in erfpacht uitgeeft en met welk doel. Dat ook voor de overheid contractsvrijheid geldt, laat volgens de rechter onverlet dat de overheid daarbij wel – anders dan een private partij – de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen.⁹⁴ Vervolgens gaat de rechter over tot de beantwoording van de vraag of de overheid in redelijkheid haar medewerking heeft kunnen onthouden. De argumenten die de rechter vervolgens gebruikt om tot een bevestigende beantwoording van die vraag te komen, zijn opnieuw argumenten die de rechter ook zou kunnen hanteren in een geval waarin de rechtsverhouding zou bestaan tussen een private erfpachter en een grondeigenaar die niet aan de beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden. Voor zover die argumenten verband houden met het feit dat de overheid op grond van haar gebondenheid aan nadere regelgeving⁹⁵ en haar daarop gebaseerde beleid enkel een nieuw – want gewijzigd qua bestemming – erfpachtrecht of een opstalrecht kan verlenen na een daaraan voorafgaande openbare bieding, ontleent de rechter deze argumenten niet aan de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van bestuur. Wat de rechter enkel doet – en in zoverre onderscheidt deze uitspraak zich van de hiervoor besproken 5 andere uitspraken – is aan zijn redenering toevoegen dat de hiervoor bedoelde argumenten óók in lijn zijn met een aantal van de beginselen van behoorlijk bestuur.⁹⁶ Maar daarmee leveren die beginselen op zichzelf geen nieuwe argumenten op.

32. Huisman en Van Ommeren hebben in hun onderzoek naar de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid onder andere geconcludeerd: ‘Op basis van de jurisprudentie is het niet steeds even duidelijk of (en zo ja welke) algemene beginselen van behoorlijk

90 Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003.

91 De private partij baseert haar andere vorderingen – deels binnen de kaders van de grondslag van onrechtmatige daad – rechtstreeks op handelen van de overheid in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur. Om die reden kadert deze uitspraak zoals eerder aangegeven ook in gevaltype 1.

92 In rov. 4.7 lijkt de rechter uit te gaan van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

93 Mogelijk is de rechter op dat spoor gezet door de andere vorderingen van de private partij, zie de voorlaatste voetnoot hierboven. De beoordelingen van de verschillende vorderingen lopen in deze uitspraak ook overigens enigszins door elkaar heen.

94 Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, rov. 4.1.

95 Regeling beheer onroerende zaken 2017.

96 Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, rov. 4.5: ‘Dat is ook in overeenstemming met het zorgvuldigheidsbeginsel dat het RVB bij zijn handelen in acht moet nemen’ en rov. 4.6: ‘(...) en strookt met het gelijkheidsbeginsel dat het RVB in acht dient te nemen.’

bestuur een rol hebben gespeeld bij de invulling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen. De verklaring daarvoor is dat deze privaatrechtelijke open norm zelf al voldoende ruimte biedt om rekening te houden met de bijzondere positie die de overheid in een concreet geval in kan nemen, waardoor het minder nodig is voor de rechter om (tevens) te verwijzen naar bepaalde beginselen van behoorlijk bestuur.⁹⁷ De jurisprudentie waar de auteurs op doelen, betreft overigens een aantal arresten van de Hoge Raad.⁹⁸ Het in het kader van dit paper uitgevoerde nadere onderzoek van de recente uitspraken die tot gevaltype 2 behoren, wijst uit dat de feitenrechter de beginselen in die uitspraken weliswaar noemt maar deze vervolgens geen zichtbare rol laat spelen bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid. De verklaring die daarvoor kan worden gegeven, sluit overigens aan bij de hiervoor geciteerde verklaring van Huisman en Van Ommeren.

33. Daarmee ligt de vraag op tafel of de door de rechter gevolgde werkwijze problematisch is. Huisman en Van Ommeren menen van wel: ‘Ofschoon vanuit een oogpunt van rechtsvinding begrijpelijk, is dit vanuit het oogpunt van rechtsvorming en rechts-eenheid minder gelukkig. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn als een verzameling van normen immers meer gedifferentieerd van karakter en bieden een scherpere beoordelingsmaatstaf dan de amorfe (open) norm van de redelijkheid en billijkheid. Door naar een specifiek beginsel te verwijzen is ook een preciezer onderbouwd rechterlijk oordeel mogelijk. Daar komt bij dat als explicieter naar deze beginselen wordt verwezen de verschillen in toetsing aan bepaalde beginselen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter inzichtelijker worden; eventuele verschillen komen sneller aan het licht en er kan worden gewaakt voor het uiteenlopen van de toepassing zonder dat daarvoor een goede verklaring is.’⁹⁹ Zij herhalen deze stellingen elders in hun onderzoek en voegen daar nog aan toe: ‘Het zou al met al veel inzicht bieden als de rechter meer expliciet kan overwegen welke betekenis aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een bepaald geval toekomt en welke niet.’¹⁰⁰

34. Wat te denken van deze stellingen? Vooropgesteld kan worden dat wanneer een private partij een vordering jegens de overheid instelt op de grondslag van een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde open norm, de rechter bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen op grond van artikel 3:12 BW rekening moet houden met de volgende gezichtspunten: de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.¹⁰¹ Met Huisman en Van Ommeren kan worden aanvaard dat de verwijzing in het artikel naar de “algemeen erkende rechtsbeginselen” inhoudt dat de rechter bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid in de hier besproken gevallen tevens rekening moet houden met de algemene beginselen van

97 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 487.

98 HR 20 mei 1994, *NJ* 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*De negende van OMA*); HR 9 januari 1998, *NJ* 1998/363, m.nt. A.R. Bloembergen (*Apeldoorn/Duisterhof*); HR 7 mei 2004, *AB* 2004/247, m.nt. G.A. van der Veen (*Heerde/Goudsmit*); en HR 15 maart 1991, *NJ* 1991/399 (*Körfer/Heerlen*).

99 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 487. Zie in kritische zin eerder ook al H.J. Simon en A.Q.C. Tak, ‘Het BW als ‘zwart gat’’, *NTBR* 1994, p. 173-180, in het bijzonder op p. 177 en p. 180.

100 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 507.

101 Zie artikel 3:12 BW.

behoorlijk bestuur.¹⁰² Maar dat betekent niet dat de rechter bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval de bijzondere positie van de overheid, de belangen waarmee zij rekening dient te houden en de dientengevolge aan haar te stellen eisen enkel en alleen via de band van het genoemde gezichtspunt zou kunnen verdisconteren.¹⁰³ Artikel 3:12 BW laat zien dat de rechter dat ook kan doen met gebruikmaking van de andere in het artikel genoemde gezichtspunten.

35. Dat de rechter in staat zou zijn om “scherper” te oordelen en dat oordeel “preciezer” te onderbouwen wanneer hij bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval zichtbaar gebruik zou maken van de beginselen van behoorlijk bestuur, die als beoordelingsmaatstaf “meer gedifferentieerd” van karakter zouden zijn dan de “amorfe” open normen van de redelijkheid en billijkheid,¹⁰⁴ blijkt mijns inziens niet uit de onderzochte jurisprudentie.¹⁰⁵ Immers, de nadere analyse van de tot gevaltype 2 behorende uitspraken wijst nu juist uit dat het in de beoordeling betrekken van die beginselen weinig tot niets lijkt toe te voegen aan de inhoudelijke argumentatie waartoe de rechter zou komen, wanneer hij de bijzondere positie van de overheid, de belangen waarmee zij rekening moet houden en de in verband daarmee aan haar te stellen eisen in zijn oordeel zou verdisconteren door de open norm in te vullen *zonder* daarbij naar de beginselen van behoorlijk bestuur te verwijzen. En in zoverre bevestigt het onderzoek de relativerende opmerkingen die vanuit de privaatrechtelijke literatuur destijds al bij het arrest *Amsterdam/Ikon* zijn geplaatst.¹⁰⁶

102 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 486. Zie ook HR 25 oktober 1991 (*Cornelissen/Groningen*), AB 1992/88, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1992/299 m.nt. M. Scheltema en J.B.M. Vranken. En onder omstandigheden zou dit dan inderdaad tot gevolg kunnen hebben dat andere, strengere eisen kunnen worden gesteld aan de overheid dan aan een private partij, zoals Huisman en Van Ommeren op de aangegeven pagina opmerken met verwijzing naar M.W. Scheltema, ‘Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009, p. 50, 51. Zij lichten dat toe op p. 494-495.

103 Artikel 3:12 BW moet overigens niet worden begrepen als een “afvinklijst”. Afhankelijk van de aard van het geval waarover de rechter heeft te oordelen, zal hij het accent wat meer op het ene gezichtspunt dan op het andere kunnen leggen. Dat laat onverlet dat het artikel de rechter ertoe verplicht inzichtelijk te maken welke belangen en welke rechtsbeginselen hij uiteindelijk in zijn oordeel heeft laten meewegen, zie MvT. Parl. Gesch. InvW 3, p. 1036.

104 Van Ommeren heeft zich al in vergelijkbare bewoordingen uitgelaten in zijn annotatie bij het arrest *RZG/ComforMed*: HR 4 april 2003, AB 2003/365 m.nt. F.J. van Ommeren, nr. 2.

105 Nog daargelaten dat wanneer de open normen van de redelijkheid en billijkheid inderdaad een verhoudingsgewijs onvoldoende scherpe beoordelingsmaatstaf zouden bieden, dat niet alleen problematisch is in die gevallen waarin de rechter het privaatrechtelijk handelen van de *overheid* moet beoordelen, maar in feite in *alle* gevallen waarin het privaatrechtelijk handelen van een rechtssubject met gebruikmaking van die maatstaf moet worden beoordeeld. Dat is een conclusie die ik niet voor mijn rekening zou willen nemen.

106 HR 27 maart 1987, NJ 1987/727; AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg; AA 1988/02, m.nt. P.W.C. Akkermans. Zie bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, ‘Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht’, in: J.A.F. Peters, M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw BW*, Zwolle 1988, p. 27 en in dezelfde JUVAT-bundel: W. Snijders, ‘Artikel 3.1.1.15 nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien’, p. 49-69 op p. 57. Instemend J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, diss. Nijmegen 1989, Deventer: Kluwer 1989, p. 63. Vgl. ook R.P.J.L. Tjittes, ‘Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid’, in: *Preadviezen 1996 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Vermande 1996, p. 37 met betrekking tot invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Zie voor een overzicht ook H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*, diss. Maastricht 1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 30-31. Vgl. in dit verband ook R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht* (oratie Heerlen OU), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 14-15.

36. De werkwijze van de rechter lijkt evenmin problematisch wanneer die wordt bezien vanuit de wens om in geval van privaatrechtelijk overheidshandelen bij de invulling van de open norm ook de belangen van derden te kunnen meewegen. Daarvoor is namelijk niet nodig de beginselen van behoorlijk bestuur – voor zover de verplichting van de overheid om rekening te houden met de belangen van derden daarmee verband houdt – via de poort van de redelijkheid en billijkheid naar binnen te dragen.¹⁰⁷ Ook dat blijkt uit een aantal van de voor dit onderzoek geselecteerde uitspraken.¹⁰⁸

37. Wat dan nog resteert, is het door Huisman en Van Ommeren aangevoerde argument van consistente toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het publiek- en privaatrecht. Wanneer de rechter in zijn oordelen explicieter naar de beginselen zou verwijzen, zou dat een eventueel verschil in toetsing aan bepaalde beginselen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter inzichtelijker kunnen maken en zouden onwenselijke verschillen sneller aan het licht kunnen komen. Om dit argument goed te kunnen waarderen, zal eerst de vergelijking moeten worden gemaakt tussen de stand van zaken voor wat betreft de ontwikkeling van de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Zoals aangegeven aan het begin van de beantwoording van deze vraagstelling, vindt die vergelijking niet in dit paper plaats. Vooruitlopend op die eventuele vergelijking in de toekomst, wordt hier – wellicht ten overvloede – nog het volgende opgemerkt. Wat de jurisprudentie van de burgerlijke rechter betreft, hebben de te vergelijken uitspraken géén betrekking op de tot gevaltype 1 behorende zaken waarbij de private partij haar vordering – binnen de kaders van de gekozen privaatrechtelijke grondslag – direct baseert op handelen van de overheid in strijd met de beginselen van bestuur en waarbij die vordering voor toewijzing gereed zal liggen indien het handelen van de overheid inderdaad in strijd met de beginselen wordt geoordeeld. De in de vergelijking te betrekken uitspraken zien enkel op de tot gevaltype 2 behorende zaken waarbij de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur eventueel kleur kan geven aan de toepassing van een open norm, die de werkelijke grondslag van de vordering vormt. Om een goede vergelijking te kunnen maken, zou bij *dat* gevaltype uitspraken de bestuursrechtelijke pendant moeten worden gezocht.

Vraag 2

Dringt zich bij de beantwoording van de eerste vraag een onderscheid op tussen de materiële en de formele beginselen van behoorlijk bestuur? Als differentiatie blijkt tussen materiële en formele beginselen van behoorlijk bestuur dan wel differentiatie tussen de formele beginselen onderling, bestaat daarvoor dan een rechtvaardiging en zo ja, welke? Speelt het Europese recht (bijvoorbeeld artikel 6 EVRM) in dit verband een rol en zo ja, welke?

107 Zoals Huisman en Van Ommeren dat doen in hun analyse van het arrest HR 20 mei 1994, *NJ* 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*De negende van OMA*), zie *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 486. De op die pagina geplaatste opmerking dat men het meewegen van belangen van derden kan zien als “aan het vermogensrecht vreemd” dient ook overigens te worden genuanceerd.

108 Zie Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, *TvHB* 2019/07, UDH:TvHB/15487 m.nt. F. Van Westrhenen en *TvHB* 2019/08, UDH:TvHB/15488 m.nt. M. van Schie en Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003.

38. In het kader van de beantwoording van vraag 1 is aan de hand van een jurisprudentieonderzoek nagegaan hoe de burgerlijke feitenrechter de beginselen van behoorlijk bestuur op dit moment toepast. Daarbij is niet ingegaan op de vraag of de rechter bij het toepassen van die beginselen een onderscheid maakt tussen de materiële en de formele beginselen van behoorlijk bestuur dan wel differentieert tussen de formele beginselen onderling: daarover gaat vraag 2.

39. Bij de beantwoording van vraag 2 wordt verondersteld dat deze vraag kadert in het onderscheid dat in het Nederlandse bestuursrecht wordt gemaakt tussen de formele en de materiële beginselen van behoorlijk bestuur, in die zin dat wanneer een overheidshandeling in strijd is met een formeel beginsel, dit nog niet noodzakelijk met zich brengt dat die handeling ook in materieel opzicht onrechtmatig is. Dat maakt nieuwsgierig naar het gewicht dat de burgerlijke rechter aan de formele beginselen toekent in een privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen een overheid en een private partij, zeker nu de jurisprudentie waarin deze kwestie al aan de orde is gekomen schaars is.¹⁰⁹

40. Het kernarrest van de Hoge Raad dat in dit verband dient te worden genoemd, is het arrest *Coevorden/Gasfabriek*.¹¹⁰ In deze zaak is de opzegging door de overheid van een privaatrechtelijke concessie-overeenkomst door de burgerlijke rechter getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder aan het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel en de daarmee verband houdende uitwerking van de hoorplicht in artikel 4:7 Awb. Betekent het niet horen van de private partij dat de burgerlijke rechter in het kader van de beoordeling van – in dit geval – de opzegging van een privaatrechtelijke overeenkomst tot het oordeel zou moeten komen dat de privaatrechtelijke opzegging niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden? De Hoge Raad oordeelt van niet: '[niet] valt (...) in te zien hoe de (...) gerelateerde feiten en omstandigheden bij toetsing van de opzegging door de bodemrechter aan het zorgvuldigheidsbeginsel zouden kunnen meebrengen dat de onderhavige opzegging niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, althans geen effect zou kunnen sorteren dan nadat de Gemeente in goed overleg met de Gasfabriek en met inachtneming van de betrokken belangen die opzegging heeft heroverwogen. Met name valt niet in te zien waarom dat beginsel zou meebrengen dat de Gemeente bij een zorgvuldige afweging van de belangen van de Gasfabriek bij voortzetting van de gasdistributie in de gemeente Coevorden had moeten afzien van het gebruik van haar bevoegdheid om de concessie-overeenkomst op te zeggen, althans zou meebrengen dat de opzegging eerst rechtsgevolg verkrijgt nadat de Gemeente de Gasfabriek heeft gehoord en de opzegging met inachtneming van alle daarbij betrokken belangen heeft heroverwogen.'¹¹¹

41. In hun analyse van het arrest merken Huisman en Van Ommeren onder andere op: 'Het zorgvuldigheidsbeginsel legt in de overwegingen van de Hoge Raad *niet zoveel gewicht* in de schaal dat de opzegging op een andere – meer zorgvuldige – wijze had moeten plaatsvinden dan was overeengekomen. We zouden kunnen zeggen dat aldus het zorgvuldigheidsbeginsel daarmee *geen inbreuk* maakt op het *pacta sunt servanda*-beginsel. Aan het zorgvuldigheidsbeginsel komt in dit geval *geen aanvullende werking* toe. Het is in casu niet nodig dat er een *extra verplichting*, naast de reeds bestaande contractuele verplichting met betrekking tot de opzegging, bestaat dat

109 Vgl. Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 485 en 496.

110 HR 9 april 1999, *NJ* 2000/219, m.nt. M. Scheltema (*Coevorden/Gasfabriek*).

111 Rov. 3.4.

betrokkenen bij opzegging moeten worden gehoord en dat een heroverweging van de opzegging dient plaats te vinden. Daarbij lijkt een rol te spelen dat een hoorplicht in dit geval niet tot een inhoudelijk ander oordeel van de gemeente bij de opzegging had behoeven leiden (mijn cursiveringen, CJ).¹¹² De auteurs laten hier zien – zie mijn cursiveringen in de hiervoor geciteerde tekst – dat het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur op verschillende manieren in het privaatrecht kan doorwerken. “Gewicht in de schaal leggen” houdt in dat meerdere beginselen naast elkaar kunnen bestaan, maar dat het ene beginsel zwaarder kan wegen dan het andere. “Inbreuk maken” betekent dat het ene beginsel door het andere opzij wordt gezet. “Aanvullende werking” betekent dat de werking van één beginsel alleen leidt tot een leemte in de regeling van de contractuele verhouding die – zonder dat dit consequenties voor dat ene beginsel heeft – moet worden opgevuld door nog een ander beginsel werking te laten hebben.

42. Dat deze verschillende manieren van doorwerking mogelijk zijn, laat onverlet dat de wijze waarop de burgerlijke rechter het zorgvuldigheidsbeginsel in een concreet geval toepast uiteindelijk afhangt van de wijze waarop het beginsel door de private partij in de civiele procedure in stelling is gebracht. Dat de Hoge Raad in het arrest *Coevorden/Gasfabriek* slechts beperkt gewicht aan het zorgvuldigheidsbeginsel toekent, moet in *dat* licht worden gezien. In dit verband zij er op gewezen dat de aanleiding tot het arrest een door de overheid ingestelde vordering in kort geding betrof en dat de private partij zich in het kader van haar verweer tegen die vordering op de vermeende schending van het zorgvuldigheidsbeginsel beriep. Dat de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de daarmee verband houdende hoorplicht in *dit* geval de rechtsgeldigheid van de privaatrechtelijke opzegging van de overeenkomst niet kon aantasten, betekent derhalve niet dat die aantasting in *alle* gevallen onmogelijk zal zijn. Een private partij kan in geval van opzegging immers ook zelf een vordering instellen en daarmee de vraag aan de rechter voorleggen of de overeenkomst in redelijkheid door de ander kon worden opgezegd. Bij de beantwoording van die vraag zal de rechter dan – ongeacht of de opzegging door een private partij of door een overheid plaatsvindt – moeten nagaan of de opzeggende partij zich de redelijke belangen van haar wederpartij voldoende heeft aangetrokken. Daarvoor zal nodig zijn dat de opzeggende partij die belangen kende of behoorde te kennen. En daarvoor zal mogelijk nodig zijn, dat zij op zoek is gegaan naar informatie, teneinde inzicht te verkrijgen in de belangen van haar wederpartij. En daarvoor kan weer nodig zijn dat zij zich heeft geïnformeerd, bijvoorbeeld oor het stellen van vragen aan haar wederpartij. En als zij dat laatste niet heeft gedaan, waardoor zij de belangen van haar wederpartij onvoldoende kende, met als mogelijk gevolg dat zij zich die belangen onvoldoende heeft aangetrokken, kan de schending van haar informatieplicht doorwerken in het oordeel van de rechter dat de opzeggende partij zich de belangen van haar wederpartij – die zij immers *behoorde* te kennen – onvoldoende heeft aangetrokken, waarmee de vordering van de private partij voor toewijzing gereed ligt. Ik merk opnieuw op dat de burgerlijke rechter deze redenering ook zou kunnen volgen in het geval dat de overheid de opzeggende partij is, zonder dat de rechter zich daarbij behoeft te baseren op de beginselen van behoorlijk bestuur.

43. Dat de burgerlijke rechter het privaatrechtelijk handelen van de overheid – in het arrest *Coevorden/Gasfabriek*: het opzeggen van een duurovereenkomst – onaangetast

112 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 497-498.

laat, ook wanneer dat handelen gepaard is gegaan met een schending van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, betekent tot slot niet dat een dergelijke schending privaatrechtelijk betekenisloos is. De private partij kan die schending immers ten grondslag leggen aan een vordering tot schadevergoeding op basis van onrechtmatige daad.¹¹³

44. In de jurisprudentie die in het kader van de beantwoording van vraag 1 is geselecteerd en onderzocht, zijn geen uitspraken aangetroffen waarin door de rechter dezelfde benadering is gevolgd (of daarvan is afgeweken) als door de Hoge Raad in het arrest *Coevorden/Gasfabriek*. In een aantal van de tot gevaltype 1 behorende uitspraken zijn daarentegen wel voorbeelden gevonden van uitspraken waarin de private partij op de grondslag van onrechtmatige daad een vordering tot schadevergoeding jegens de overheid instelde vanwege handelen in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur. Nog daargelaten dat die vordering in geen enkele uitspraak is toegewezen, blijkt uit de meeste uitspraken ook overigens niet welk(e) beginsel(en) het precies betreft. Voor zover dat wel blijkt, ziet de vordering slechts een enkele keer op de schending van een formeel beginsel.¹¹⁴

III. Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in geval van privaatrechtelijk handelen door private personen die taken van algemeen belang uitoefenen

Vraag 3

Is juist de hypothese dat de beginselen van behoorlijk bestuur een betere bescherming bieden dan de privaatrechtelijke vereisten van betamelijk/zorgvuldig handelen en van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw en dat daarom bij uitbesteding van overheidstaken sprake zou zijn van een tekort aan rechtsbescherming dat moet worden opgelost?

i) Is er verschil in uitkomst als het gaat om 'behoorlijk handelen' in kwesties die het algemeen belang betreffen bij toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en de genoemde privaatrechtelijke eisen en zo ja, in welke zin?

ii) Ondergaan genoemde privaatrechtelijke eisen als het gaat om 'behoorlijk handelen' invloed van het te behartigen algemeen belang en zo ja, hoe valt deze invloed te omschrijven?

iii) Zijn verschillen tussen privaat- en publiekrechtelijke eisen als het gaat om behoorlijk handelen, zo deze mochten blijken te bestaan, al dan niet te rechtvaardigen?

iv) Zo tussen die eisen niet te rechtvaardigen verschillen mochten bestaan, moet daarvoor dan – in het algemeen belang – naar een oplossing worden gezocht en gestreefd en zo ja, waaraan valt dan te denken?

Vraag 4

i) Nemen private personen die taken van algemeen belang op zich nemen en daarmee opereren in het schemergebied tussen privaatrecht en publiekrecht, als het gaat om de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, nog een bijzondere positie in?

ii) Werken deze beginselen door naar dergelijke private actoren, bijvoorbeeld bij het gebruik van samenwerkingscontracten, beheerscontracten en/of subsidies?

113 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 498. Vgl. ook HR 27 juni 1986, NJ 1987/726, m.nt. M. Scheltema (*Tolkentarieven*).

114 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 17 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:359, AR 2018/413.

iii) Zijn er op dit punt nog (specifieke) ontwikkelingen gaande in de functionele rechtsgebieden (zoals bijvoorbeeld het milieurecht, het economisch recht, het aanbestedingsrecht, het onderwijsrecht en/of het gezondheidsrecht) en zo ja, welke zijn dit en welke is de achtergrond/herkomst ervan?

45. In het navolgende is er voor gekozen de vragen 3 en 4 in onderlinge samenhang te beantwoorden, nu deze vragen immers sterk met elkaar zijn verweven. Dat komt mede doordat de vragen op dezelfde feitelijke en juridische uitgangspunten zijn gebaseerd. Die uitgangspunten luiden als volgt.

46. De overheid kan een taak van algemeen belang zelf uitvoeren. Zij kan deze taak echter ook door een private partij laten uitvoeren. De juridische grondslag van de verplichting op basis waarvan die private partij dat dan moet doen, kan verschillende vormen aannemen. De verplichting kan bijvoorbeeld haar grondslag vinden in de wet. Het is ook mogelijk dat de overheid een privaatrechtelijke rechtspersoon opricht die zij met het uitvoeren van taken van algemeen belang belast. De juridische grondslag kan verder nog de vorm aannemen van een door de overheid aan de private partij verstrekte subsidie. Voorts valt natuurlijk te denken aan een tussen de overheid en de private partij bestaande contractuele rechtsverhouding, die mede voorziet in het verrichten van taken van algemeen belang door de private partij.

47. Wanneer de private partij in het kader van de uitoefening van haar taak van algemeen belang vervolgens in een rechtsverhouding tot een andere private partij komt te staan, is zij niet gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur.¹¹⁵ In dat verband maakt het overigens geen verschil wat de juridische grondslag is op basis waarvan zij met de taak van algemeen belang is belast. Haar privaatrechtelijk handelen jegens die andere private partij dient in dat geval enkel te worden beoordeeld aan de hand van de regels van het privaatrecht, waaronder de open normen van de redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke zorgvuldigheid en de openbare orde en goede zeden.

48. De resultaten van het jurisprudentieonderzoek, waarover is gerapporteerd in het kader van de beantwoording van vraag 1, bevestigen dat de burgerlijke rechter – voor zover hij in zijn oordelen relevantie toekent aan de beginselen van behoorlijk bestuur – dat alleen doet in uitspraken waarin hij het handelen moet beoordelen van een overheid die *zelf* aan de beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden. Er zijn geen uitspraken gevonden waarin de rechter het privaatrechtelijk handelen heeft beoordeeld van een private partij die door een overheid met de uitvoering van een taak van algemeen belang is belast en waarbij de rechter de beginselen in zijn beoordeling betreft. Wellicht ten overvloede: het voorgaande betekent dat er evenmin uitspraken zijn gevonden waarin de rechter betekenis aan die beginselen toekent in het kader van de invulling van de hiervoor genoemde open privaatrechtelijke normen.

49. Het voorgaande betekent dat – voor zover de rechter relevantie toekent aan de omstandigheid dat een private partij jegens een andere private partij handelt in het kader van de uitoefening van een taak van algemeen belang – dit eventueel zou kunnen blijken uit jurisprudentie waarin de rechter aan de hand van gezichtspuntencatalogi invulling geeft aan de open privaatrechtelijke normen. In dat kader kan de rechter dan immers de bijzondere hoedanigheid van die private partij en de belangen waarmee zij rekening

115 HR 4 april 2003, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/ComforMed*). Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 479.

dient te houden, gegeven dat zij door de overheid met een taak van algemeen belang is belast, via de band van die gezichtspunten in zijn oordeel verdisconteren. Ik merk op dat de rechter in dat geval dan overigens niets anders zal doen dan wat hij nu ook al doet in de gevallen waarin hij het handelen van de overheid *zelf* beoordeelt op basis van de open privaatrechtelijke normen en hij bij de invulling van die normen *niet* naar de beginselen verwijst dan wel, wanneer hij daar *wel* naar verwijst, niet tot een ander oordeel blijkt te komen dan in de gevallen waarin hij niet naar de beginselen zou verwijzen. Wat dat laatste betreft, doel ik natuurlijk op de uitspraken die behoren tot het gevaltype 2 en die in het kader van de beantwoording van vraag 1 nader zijn onderzocht.

50. Gelet op het voorgaande kunnen mijns inziens kanttekeningen worden geplaatst bij de juistheid van de hypothese in vraag 3, althans voor zover daarin gewag wordt gemaakt van een mogelijk tekort aan rechtsbescherming (door de burgerlijke rechter) dat oplossing behoeft. In de gevallen waarin een private partij op basis van een open privaatrechtelijke norm hetzij jegens de overheid hetzij jegens een met een taak van algemeen belang belaste private partij ageert, zal het in beginsel immers geen verschil behoeven uit te maken dat de rechter bij de invulling van de open norm in het ene geval relevantie kan toekennen aan de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur en in het andere geval niet. Waar het in de kern om gaat, is dat de rechter bij de invulling van de open norm in *beide* gevallen betekenis kan toekennen aan de bijzondere hoedanigheid van de handelende partij, de belangen waarmee zij gelet op die bijzondere hoedanigheid rekening moet houden en de in verband daarmee aan haar te stellen eisen. Ook Huisman en Van Ommeren onderschrijven het voorgaande, althans voor zover de met een taak van algemeen belang belaste partij een privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon is. Zij schrijven namelijk: ‘dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen mede *de aard van de rechtsverhouding en de bijzondere positie* van de privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon, moet worden betrokken. Dit maakt het mogelijk om met de norm van de redelijkheid en billijkheid tot *hetzelfde resultaat* te komen als met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (mijn cursivering, CJ).’¹¹⁶

51. In het jurisprudentieonderzoek zijn – uiteraard – geen uitspraken gevonden die bevestigen dat de rechter via de open normen van het privaatrecht inderdaad betekenis toekent aan bijzondere hoedanigheid van de handelende private partij die door de overheid met een taak van algemeen belang is belast. De geselecteerde uitspraken betreffen immers enkel gevallen waarin de overheid *zelf* de partij is van wie het privaatrechtelijk handelen door de rechter diende te worden beoordeeld. Om toch te kunnen nagaan of de rechter bij de toepassing van privaatrechtelijke normen relevantie toekent aan de bijzondere hoedanigheid van een private partij, gegeven dat zij door de overheid met een taak van algemeen belang is belast, is in het onderzoek beperkt teruggegrepen op de resultaten van de quick scan die in aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is uitgevoerd.¹¹⁷ Die resultaten laten vele illustraties zien van uitspraken die het voorgaande lijken te bevestigen. Alleen al als het gaat over het privaatrechtelijk handelen van woningcorporaties, zijn er voorbeelden te over.¹¹⁸

116 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 351-352.

117 Zie daarvoor de beantwoording van vraag 1.

118 Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 17 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3525, rov. 4.7; Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9117, rov. 4.2, 4.4 en 4.9; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 17 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3332, rov. 4.8, waarin ook de

52. Waar in de resultaten van de quick scan echter nog geen duidelijke aanwijzingen voor zijn gevonden, is of – en zo ja: in hoeverre – de rechter bij het invullen van de open normen van het privaatrecht relevantie toekent aan de aard van de juridische grondslag, op basis waarvan de private partij door de overheid met de taak van algemeen belang is belast. Verondersteld mag worden dat wanneer de verplichting om taken van algemeen belang uit te voeren haar grondslag vindt in de wet, of wanneer de overheid de uitvoering van die taken opdraagt aan een specifiek daarvoor opgerichte privaatrechtelijke rechtspersoon, *die* omstandigheden voor de rechter aanleiding zullen zijn om bij de invulling van de open norm relevantie toe te kennen aan de bijzondere positie van de private partij en de daarmee gemoeide belangen. In het verlengde hiervan zal wellicht mogen worden verondersteld dat de rechter dat ook zal doen – maar mogelijk in minder sterke mate? – wanneer de uitvoering van de taken van algemeen belang enkel en alleen aan de private partij zijn opgedragen op basis van een met de overheid gesloten overeenkomst. Aldus dringt zich het beeld op van een glijdende schaal, die mogelijk (deels) overlapt met een andere glijdende schaal: naar mate voor de private partij meer vrijheid bestaat om – naast het uitvoeren van de aan haar opgedragen taken van algemeen belang – ook nog andere activiteiten te verrichten, die niet van algemeen belang zijn, kan er voor de rechter aanleiding zijn om bij de invulling van de open normen van privaatrecht minder (snel) relevantie toe te kennen aan de bijzondere positie van de private partij en de daarmee gemoeide belangen. Zoals gezegd: voor deze veronderstellingen is vooralsnog geen bevestiging gevonden in de resultaten van de quick scan. Nader onderzoek is hier gewenst.

53. Dat het mogelijk is om kanttekeningen te plaatsen bij de juistheid van de hypothese in vraag 3 (zie hiervoor onder nr. 50), betekent overigens niet dat er in het geheel geen sprake kan zijn van een probleem dat mogelijk oplossing behoeft. In dit verband is door Huisman en Van Ommeren bepleit om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing te laten zijn op *bepaalde* private partijen die door de overheid met taken van algemeen belang zijn belast. Zij hebben dan niet het oog op *iedere* private partij die met een dergelijke taak is belast, maar beperken hun pleidooi tot de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen en de zogenoemde toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen.¹¹⁹ Het door de auteurs beoogde resultaat vergt, zo schrijven zij, op zijn minst een koerswijziging in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter

belangen van derden in de beoordeling worden betrokken; Rb. Midden-Nederland 1 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6020, rov. 4.2; Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14298, rov. 4.10; Rb. 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3209, rov. 4.16; Rb. Den Haag 3 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2821, rov. 4.11 en 4.12; Rb. Midden-Nederland 15 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3065, rov. 4.3 en 4.5; Rb. Rotterdam 15 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:276, rov. 4.14 en 4.15; Rb. Midden-Nederland 5 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:392, rov. 4.4 en 4.9; Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1266, rov. 3.10. Anders: Rb. Amsterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4542; Rb. Midden-Nederland 30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6440; Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:375; Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1813, waaruit niet blijkt of de rechter ook relevantie toekent aan de bijzondere hoedanigheid van de woningbouwvereniging.

119 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 348 en 352-353. Zij beperken de kring van de aan de beginselen te binden private partijen daarmee tot die partijen waarvan in nr. 52 is verondersteld dat de rechter bij het invullen van de open privaatrechtelijke normen vooral relevantie zal toekennen aan de bijzondere positie van die partijen en de daarmee gemoeide belangen.

of een wettelijke voorziening.¹²⁰ Voor wat betreft de eerste mogelijkheid – een koerswijziging in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter – vindt het pleidooi van Huisman en Van Ommeren echter zijn grondslag in dezelfde problematisering als die waarop zij hun oproep aan de burgerlijke rechter baseren om in diens oordelen over privaatrechtelijk handelen door de overheid *zelf*, in het kader van de invulling van de open normen van privaatrecht, meer expliciet te overwegen of en welke betekenis aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toekomt.¹²¹ De kanttekeningen die ik bij die oproep heb geplaatst in het kader van de beantwoording van vraag 1 kunnen hier dan ook als ingelast worden beschouwd.¹²² Zij sluiten ook overigens bij het voorgaande aan.¹²³ Voor wat betreft de tweede mogelijkheid – een wettelijke voorziening die bevestelt dat de private partijen die zij met hun pleidooi op het oog hebben aan de beginselen gebonden raken – heeft het voorstel van Huisman en Van Ommeren als voordeel dat die partijen, anders dan nu het geval is, in rechte direct zullen kunnen worden aangesproken op eventueel handelen in strijd met de beginselen.¹²⁴ Ook zou met de uitvoering van dat voorstel eventueel een duidelijker kader van gedragsnormen kunnen ontstaan voor de private partijen die het aangaat, zodat zij hun handelen daarop zouden kunnen afstemmen. Of het ontbreken van een dergelijk kader op dit moment inderdaad tot problemen leidt die oplossing behoeven, is echter een vraag die nader onderzoek vergt. Ik ben op die vraag niet ingegaan omdat zij buiten het kader valt van de hypothese in vraag 3, in die zin dat die hypothese zich toespitst op een mogelijk tekort aan *rechtsbescherming* (door de burgerlijke rechter). Een dergelijk tekort heb ik in mijn onderzoek zoals gezegd niet aangetroffen.

120 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 480.

121 Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 352: ‘De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn als verzameling van normen meer gedifferentieerd van karakter dan de meer amorfe norm van de redelijkheid en billijkheid. Dit brengt met zich dat ook als de redelijkheid en billijkheid tot hetzelfde resultaat leiden als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een toegevoegde betekenis kan hebben.’ Zie eerder in dezelfde zin de beantwoording van vraag 1 hiervoor.

122 Zie nrs. 34-37.

123 Zie nrs. 49-51.

124 Vergelijk de tot gevaltype 1 behorende uitspraken die zijn besproken in de beantwoording van vraag 1.