



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Artikel 3:14 BW: van iemand, via de overheid, naar uitsluitend het bestuursorgaan?

Ortlep, R.; van Waarde, V.A.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Rechtsgeleerd Magazijn Themis

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Ortlep, R., & van Waarde, V. A. (2021). Artikel 3:14 BW: van iemand, via de overheid, naar uitsluitend het bestuursorgaan? *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 182(1), 34-37.
<https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/209169/1001530969>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Artikel 3:14 BW: van iemand, via de overheid, naar uitsluitend het bestuursorgaan?

Mr. R. Ortlep en mr. V.A. van Waarde*

Artikel 3:14 BW

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

Artikel 3:14 BW is ingevoerd met een voor de rechtspraak belangrijk doel. Het dient met name als kapstok voor de rechtspraak waarin de overheid bij de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden gebonden is aan bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene opvatting is sinds het RZG/ComforMed-arrest van de Hoge Raad dat het bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb normadessaat van artikel 3:14 BW is. In deze bijdrage brengen wij voor het voetlicht dat artikel 3:14 BW in dat opzicht aan reikwijdte heeft ingeboet. De eisen van redelijkheid en billijkheid bieden hiervoor evenwel uitkomst.

1. Reikwijdte van artikel 3:14 BW

In artikel 3:14 BW is bepaald dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.¹ Voor het bepalen van de reikwijdte van dat artikel is het RZG/ComforMed-arrest van belang.² De Hoge Raad heeft daarin in een aanbestedingsprocedure beoordeeld of het Regionaal Ziekenfonds Groningen (RZG) bij het aangaan van een overeenkomst met een leverancier van medische hulpmiddelen op grond van artikel 3:14 BW was gebonden aan een beginsel van behoorlijk bestuur. Meer precies stond de Hoge Raad voor de vraag of het gerechtshof terecht had overwogen dat het RZG was gebonden aan het gelijkheidsbeginsel, nu het ziekenfonds voorziet in behoeften van algemeen belang en grotendeels door de overheid wordt gefinancierd. Het oordeel van de Hoge Raad hierover is genuanceerd en daarom citeren wij de relevante rechtsoverwegingen:

‘Bij de beoordeling (...) moet worden vooropgesteld dat (i) een ziekenfonds als RZG niet is aan te merken als een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld als

bedoeld in artikel 1:1 lid 1, onder a, Awb, (ii) slechts sprake is van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1, onder b, Awb in de gevallen waarin een (rechts)persoon een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent die hem is toegekend voor de vervulling van hem opgedragen overheidstaken, en (iii) een ziekenfonds als RZG bij het inkopen van medische hulpmiddelen geen publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent.

Het Hof heeft zijn oordeel dat RZG gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in het licht van het hiervoor (...) overwogene terecht – niet doen steunen op het in artikel 1:1 Awb bepaalde, doch het heeft daarvoor bepalend geacht dat ziekenfondsen als specifiek doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. Deze omstandigheden brengen echter niet mee dat de onderhavige inkoopactiviteiten van RZG, die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst, wel kunnen worden aangemerkt als handelingen waarvoor (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden. Voorzover het onderdeel zich tegen dit oordeel richt, is het dan ook gegrond.’

De algemene opvatting in de literatuur is dat hieruit volgt dat naar het oordeel van de Hoge Raad het begrip ‘iemand’ in de zin van artikel 3:14 BW de overheid betreft en dat hij dit – waarschijnlijk uit oogpunt van harmonisatie – aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb koppelt.³ Dat het RZG, een privaatrechtelijke rechtspersoon, voorziet in behoeften van algemeen belang en grotendeels door de overheid wordt gefinancierd, wordt door de Hoge Raad onvoldoende geacht voor een gelijkstelling met het overheidsbegrip *casu quo* bestuursorgaanbegrip. De vraag of rechtssubjecten die geen bestuursorganen zijn maar die wel een maatschappelijke en/of publieke taak uitoefenen via de eisen van redelijkheid en billijkheid gebonden zijn aan bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur, komt aan bod in paragraaf 3. Dat het antwoord op die vraag steeds meer voor de rechtspraak van belang is, illustreren wij hieronder door in het kader

* Rolf Ortlep & Veerle van Waarde zijn verbonden aan de UvA. Eerstgenoemde is tevens verbonden aan de OU.

1. Betreft het een bevoegdheid die iemand krachtens het publiekrecht toekomt, dan wordt deze rechtstreeks publiekrechtelijk genormeerd.
2. HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (RZG/ComforMed). Vergelijk HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503 (HLA/Kadaster); HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC); Rb. Limburg 19 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:5956; Rb. Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527.
3. Vergelijk P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 351 e.v. en p. 466 e.v.; N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 91 e.v. en p. 395 e.v.; S.E. Zijlstra, ‘De grenzen van de overheid’, in: *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: BJu 2008, p. 58 en p. 88.

van *network governance* in te gaan op het verschijnsel van het revolverend fonds.⁴

2. Revolverend fonds als voorbeeld van *network governance*

Het dominante model van overheidsregulering betreft niet langer het zonder eigen belang eenzijdig vaststellen van rechten en plichten van de burgers.⁵ In deze tijd is wat betreft overheidsregulering het model van *network governance* van belang. Daarin staat niet het eenzijdig overheidshandelen centraal, maar hebben overheid, markt en samenleving elkaar nodig om tot gezamenlijke oplossingen te komen.⁶ De overheid heeft als voornaamste taak om deze gezamenlijke oplossingen die binnen het netwerk tot stand komen (mede) te financieren.⁷

Een van de vele mogelijkheden die de overheid heeft om de publieke taken in een netwerk uit te voeren is via het revolverend fonds.⁸ In de kern komt het revolverend fonds erop neer dat de overheid publiek geld beschikbaar stelt via een fonds, van waaruit financiering aan maatschappelijk relevante projecten wordt verstrekt.⁹ Het fonds krijgt (een deel) van het geïnvesteerde geld terug en stelt dat opnieuw beschikbaar voor andere maatschappelijk relevante projecten.¹⁰ Het revolverend fonds wordt door de overheid gefinancierd met het oog op marktfalen.¹¹ Dit houdt in dat het fonds investeert in maatschappelijke projecten die vanwege de lange en hoge financieringsbehoefte niet of tegen een zeer hoog rentepercentage door de kapitaalmarkt worden gefinancierd.¹² Zonder oprichting van het revolverend fonds door de overheid zouden deze maatschappelijke projecten dus vermoedelijk niet van de grond komen. Inmiddels heeft de overheid grote hoeveelheden publiek geld in revolverende fondsen ondergebracht. Op Rijksniveau gaat het in ieder geval om

een bedrag van € 5,3 miljard, terwijl op decentraal niveau ten minste € 1,9 miljard aan publiek geld ronddraait.¹³

Een belangrijk kenmerk van het revolverend fonds is dat het als overheidsfinancieringsinstrument een maatschappelijk doel nastreeft en dat het projecten ondersteunt die door de klassieke overheidsinstelling¹⁴ in het algemeen belang worden geacht.¹⁵ Op deze wijze behalen revolverende fondsen maatschappelijk rendement. Dit betreft de toegevoegde waarde van een investering voor de gehele maatschappij.¹⁶ Het revolverend fonds lijkt altijd een maatschappelijke taak uit te oefenen. Een dergelijke taak is gericht op een algemeen of gemeenschappelijk belang, dat niet zoals bij een publieke taak noodzakelijkerwijs exclusief bij wet is opgedragen aan de klassieke overheidsinstelling of voortvloeit uit een inhoudelijke én financiële relatie met een of meer a-bestuursorganen.¹⁷

Hoewel klassieke overheidsinstellingen steeds vaker het revolverend fonds als financieringsinstrument inzetten, is er geen specifieke regelgeving op revolverende fondsen van toepassing.¹⁸ Dit heeft mede tot resultaat dat er momenteel in de praktijk in ieder geval een vijftal juridische archetypen revolverende fondsen voorkomen. Het betreft revolverende fondsen waarvan de organen (1) een a-bestuursorgaan zijn, (2) een wettelijk b-bestuursorgaan zijn, (3) een buitenwettelijk b-bestuursorgaan zijn, (4) geen bestuursorgaan zijn, terwijl de financieringsbeslissingen wel door een bestuursorgaan worden genomen, en (5) geen bestuursorgaan zijn en de financieringsbeslissingen ook niet door een bestuursorgaan worden genomen.¹⁹ Hierbij benadrukken wij dat uit eerder onderzoek blijkt dat het archetype revolverend fonds waarvan de organen geen bestuursorgaan zijn en de financieringsbeslissingen ook niet door een bestuursorgaan worden genomen het vaakst voorkomt.²⁰

4. Vergelijk V.A. van Waarde, 'Transparant revolveren kan men leren!', *NTB* 2020/206, p. 488-496; J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

5. Vergelijk L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving', *RMThemis* 2018, afl. 4, p. 124-136. Zie ook Nederlandse School voor Openbaar Bestuur, *Gepast geregeld. Tijdig financieren in netwerken*, 2018, raadpleegbaar via nsob.nl.

6. Vergelijk Van den Berge 2018.

7. Vergelijk W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52, p. 387-392.

8. Voor een overzicht van andere mogelijkheden, zie de website van Financiering in netwerken, raadpleegbaar via <https://www.financieringenin-netwerken.nl/>.

9. Algemene Rekenkamer, *Zicht op revolverende fondsen van het Rijk*, Den Haag: april 2019, p. 5.

10. Vergelijk Raad voor de Financiële Verhoudingen, *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, november 2014, p. 36.

11. Zie bijvoorbeeld Rekenkamer Den Haag, *Handreiking revolverende fondsen*, Den Haag: september 2020, p. 13; Provincie Utrecht, *Uitvoeringsrichtlijnen financieringsbeleid provincie Utrecht. Leningen, garanties en revolverende fondsen*, Utrecht: juli 2019, p. 12 en Provincie Zuid-Holland, *Handreiking Revolverende Fondsen*, Den Haag: augustus 2016, p. 10-11.

12. Algemene Rekenkamer 2019, p. 20; A.J.R. Boelman e.a., *Revolverend Fonds Stedelijke Transformatie. Katalysator en versneller voor projecten van overmorgen* (in opdracht van Stuurgroep Stedelijke Transformatie), Rotterdam: Fakton Consultancy 2018, p. 11, p. 14-15.

13. Vergelijk D. van Est, B. Leenheer & R. Vos, 'Revolverende fondsen en de zoektocht naar democratische legitimiteit', in: Raad voor het Openbaar Bestuur, *Samenwerken, samen betalen? Over de bekostiging van opgaven in maatschappelijke netwerken*, 's-Gravenzande: Van Deventer 2020, p. 24-32, p. 25.

14. Hieronder verstaan wij in deze bijdrage alleen de Staat, de provincies en de gemeenten in de zin van art. 2:1 lid 1 BW en hun bijbehorende bestuursorganen. Het begrip 'klassieke overheidsinstelling' is ontleend aan Jak 2014, p. 31.

15. Vergelijk Van den Brink 2018, p. 11.

16. Vergelijk V. Larsen & L. de Boer, *Werken aan maatschappelijk rendement. Een handreiking voor opdrachtgevers van MKBA's in het sociale domein*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011, p. 9.

17. Vergelijk Zijlstra 2008 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379; ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394. Niet is uitgesloten dat het revolverend fonds in sommige gevallen ook een publieke taak uitoefent.

18. Vergelijk Algemene Rekenkamer 2019, p. 40-41; Van den Brink 2018, p. 32.

19. In Van Waarde 2020 wordt uitgebreid bij alle vijf de juridische archetypen revolverende fondsen stilgestaan.

20. Vergelijk Van den Brink 2018, p. 30.

Het voorgaande maakt hopelijk inzichtelijk dat een groot aantal revolverende fondsen buiten het bestuursorgaanbegrip valt. In het licht van het hierboven besproken *RZG/ComforMed*-arrest betekent dit dat met de inzet van het revolverend fonds de naleving van publiekrechtelijke normering, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur, niet altijd via artikel 3:14 BW is gewaarborgd en in de literatuur is ook op dat ‘gevaar’ gewezen.²¹

3. Over de band van redelijkheid en billijkheid

Hieronder zullen we ingaan op de vraag of de beginselen van behoorlijk bestuur via een andere route van toepassing zijn op rechtssubjecten die geen bestuursorgaan zijn maar die wel een maatschappelijke en/of publieke taak uitoefenen. Het antwoord op deze vraag is niet alleen van belang voor een groot aantal revolverende fondsen maar ook voor bijvoorbeeld semipublieke instellingen²² en toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen²³ voor zover het bestuur daarvan geen bestuursorgaan is. Wij beperken ons daarbij tot de route van de eisen van redelijkheid en billijkheid.²⁴

Op rechtssubjecten die geen bestuursorgaan zijn maar die wel een maatschappelijke en/of publieke taak uitoefenen kunnen de beginselen van behoorlijk bestuur via een andere route van toepassing zijn, namelijk via de eisen die elke rechtsverhouding beheersen, te weten de eisen van redelijkheid en billijkheid (goede trouw).²⁵ Die route wordt onderschreven door artikel 3:12 BW, waarin is bepaald dat bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.

In de literatuur is opgemerkt dat het in de praktijk lastig is om handen en voeten te geven aan de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur via de eisen van redelijkheid en billijkheid.²⁶ Ook is betoogd dat deze route zowel principieel als praktisch verschilt van de route van *rechtstreekse* toepassing.²⁷ Hoewel er, voor zover wij kunnen overzien, geen expliciete rechtspraak is waaruit dit of het tegendeel blijkt, zien wij vooralsnog alleen een principieel verschil (in de zin van de verschillende routes) en kunnen wij ons een praktisch verschil niet goed voorstellen.

Gelet op artikel 3:12 BW kan er zelfs worden betoogd dat er geen praktisch verschil behoort te zijn.²⁸ Dit motiveren wij aan de hand van het revolverend fonds als volgt. Elke rechtsverhouding wordt, zoals gezegd, beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid en het is binnen die eisen dat er ook rekening mee wordt gehouden dat een van de partijen een revolverend fonds is. Het gegeven dat een van de partijen een revolverend fonds is, kleurt dus de rechtsverhouding waarover het gaat. Die kleuring bestaat eruit dat revolverende fondsen, ongeacht of ze onder het bestuursorgaanbegrip vallen, in een machtspositie verkeren en in staat zijn om met het wel of niet toekennen van financiering eenzijdig de rechtspositie van eindbegunstigden (burgers) te bepalen. Deze machtspositie wordt versterkt door het feit dat wanneer een revolverend fonds geen geld aan een maatschappelijk relevant project verstrekt, de kans dat het project door de kapitaalmarkt wordt gefinancierd nihil is. Het is de machtspositie, ofwel de positie van bovengeschiktheid, die ook voor revolverende fondsen die buiten het bestuursorgaanbegrip vallen binnen de eisen van redelijkheid en billijkheid de beginselen van behoorlijk bestuur kunnen activeren.

21. Vergelijk J.E. van den Brink & W. den Ouden, ‘Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel “subsidiërelaties” niet of nauwelijks normeert’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 213-224; J.E. van den Brink & W. den Ouden, ‘Invest-NL’, *NJB* 2018/1100, p. 1572-1578; Van den Brink 2018, p. 27 en p. 57; J.E. van den Brink & W. den Ouden, ‘De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?’, *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897.
22. Vergelijk Jak 2014 en N. Jak, ‘Semipublieke instellingen en de Algemene wet Bestuursrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 101-112.
23. Vergelijk F.J. van Ommeren, ‘Toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen. Een andere visie op de maatschappelijke onderneming’, *NTB* 2018/48, p. 257-266.
24. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen ook van toepassing zijn als algemeen beginsel van aanbestedingsrecht (vergelijk HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ComforMed*)), of doordat de wetgever (overheid) het afdwingt, bijvoorbeeld via aandeelhouders- of bestuursbevoegdheden, vastlegging in de statuten, sluiten van een overeenkomst, of via bijzondere of algemene wetgeving. Zie Jak 2019.
25. Over de eisen van redelijkheid en billijkheid (goede trouw) is een bibliotheek te vullen en daarom wordt hier slechts volstaan met C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 391 e.v.; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; P. Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016; P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, Deventer: Kluwer 2012; M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999; H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996. Zie wat betreft de eisen van redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht, R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020; R. Ortlep, ‘Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen’, *JBplus* 2020, afl. 4, p. 23-40.
26. Vergelijk W. den Ouden & H. van Amerongen, ‘Het bestuursorgaan-begrip voorbij?’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137-152, p. 151.
27. Vergelijk Huisman & Van Ommeren 2019, p. 30-31, p. 351 e.v., p. 487; G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 6; Jak 2014, p. 93 e.v.; Zijlstra 2008, p. 58; A.A. van Rossum, ‘Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?’, *Contracteren* 2005, afl. 4, p. 85-93, p. 92.
28. Vergelijk W. Snijders, ‘Artikel 3.1.1.15 nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien’, in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 49-69, p. 57.

4. Tot besluit

Aan het begin van deze bijdrage is opgemerkt dat artikel 3:14 BW met name is ingevoerd als kapstok voor de rechtspraak waarin de overheid bij de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden gebonden is aan bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur. Die kapstokfunctie betekende dat in vergelijking met het oude recht de hierboven besproken route langs de eisen van redelijkheid en billijkheid (goede trouw) niet meer nodig was.²⁹ Enigszins paradoxaal is het dat door het model van *network governance* we op dat punt onder meer weer aangewezen zijn op die route, tenminste zolang de Hoge Raad of de wetgever de reikwijdte van artikel 3:14 BW niet van het bestuursorgaan, via de overheid, naar iemand terugdraait.

29. Vergelijk M.W. Scheltema, 'Art. 3:14 BW, aant. 5. De kapstokfunctie', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.