

# Valkuilen bij contracteren met publiekrechtelijke rechtspersonen

*Mr. M.J. Woodward\**

## Inleiding

Vele privaatrechtelijke rechtspersonen, waaronder ondernemingen, zullen op enig moment een overeenkomst sluiten met een publiekrechtelijke rechtspersoon (in de volksmond dikwijls de ‘overheid’ genoemd). Denkbaar is dat een onderneming goederen of diensten aanbiedt die een publiekrechtelijke rechtspersoon wenst te verwerven, een onderneming een samenwerking met een publiekrechtelijke rechtspersoon aangaat of een perceel grond van een publiekrechtelijke rechtspersoon koopt. Dikwijls is de verwachting dat de onderneming dan te maken heeft met een gelijkwaardige wederpartij. Daarmee wordt soms over het hoofd gezien dat publiekrechtelijke rechtspersonen – ook bij privaatrechtelijke rechtshandelingen – een bijzondere positie innemen in het rechtsverkeer.

Door middel van deze bijdrage wordt beoogd de positie van publiekrechtelijke rechtspersonen in ons rechtsverkeer op een praktische wijze inzichtelijk te maken. Daartoe zal worden stilgestaan bij het onderscheid tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en bestuursorganen en de mede daaruit voortvloeiende complicaties op het terrein van vertegenwoordiging en volmacht. Tevens zal worden ingegaan op de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht en enige bijzonderheden die verband houden met de Wet openbaarheid van bestuur (WOB).

Vanwege de praktische insteek van deze bijdrage wordt het uitgangspunt gehanteerd dat de publiekrechtelijke rechtspersoon bevoegd is tot gebruikmaking van het privaatrecht (in plaats van het publiekrecht). Dat bij dit uitgangspunt regelmatig vraagtekens kunnen worden geplaatst, is reeds onderwerp geweest van vele artikelen en handboeken die naar aanleiding van het standaardarrest Staat/Windmill<sup>1</sup> over dit onderwerp zijn verschenen. In deze bijdrage zal dit onderwerp onbesproken blijven.

## Rechtspersonen en bestuursorganen

Een privaatrechtelijke rechtspersoon kan niet zonder meer rechtshandelingen verrichten. Hij is immers een juridische entiteit. Voor deelname aan het rechtsverkeer is vereist dat een natuurlijke persoon deze rechtshandelingen namens de privaatrechtelijke rechtspersoon verricht. Welke personen daartoe zijn bevoegd, volgt in beginsel uit de statuten.

Een soortgelijke systematiek geldt ten aanzien van de overheid. Als equivalent van de privaatrechtelijke rechtspersoon – en dus deelnemer aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer – kent de wet de publiekrechtelijke rechtspersoon. De meest ‘bekende’ publiekrechtelijke rechtspersonen zijn opgesomd in artikel 2:1 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW):

‘De Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, bezitten rechtspersoonlijkheid.’

Indien daartoe in een formele wet een grondslag wordt geboden, kunnen ook andere lichamen waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen rechtspersoonlijkheid bezitten (art. 2:1 lid 2 BW). Evenals ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen geldt ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen dat zij – voor wat betreft het vermogensrecht – met natuurlijke personen gelijk worden gesteld (art. 2:5 BW). Dit betekent onder meer dat publiekrechtelijke rechtspersonen in de praktijk de contractspartner van privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen zijn.

Zoals een privaatrechtelijke rechtspersoon slechts rechtshandelingen kan verrichten door tussenkomst van zijn bestuurders (of andere vertegenwoordigingsbevoegde personen), kan een publiekrechtelijke rechtspersoon slechts rechtshandelingen verrichten bij wege van zijn bestuursorganen. Onder een bestuursorgaan verstaat artikel 1:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

De bekendste – en in de praktijk meest voorkomende – bestuursorganen zijn op provincieniveau de colleges van gedeputeerde staten en provinciale staten en op gemeentelijk niveau het college van burgemeester en wethouders en de gemeenteraad. De wijze waarop deze bestuursorganen ‘hun’ publiekrechtelijke rechtspersonen vertegenwoordigen, is neergelegd in de Provinciewet (ProvW) respectievelijk de Gemeentewet (GemW). De inhoud van deze wetten is grotendeels vergelijkbaar. Hierna zal voornamelijk worden aangesloten bij de gemeentelijke situatie.

\* Mr. M.J. Woodward is advocaat bij Loyens & Loeff te Rotterdam.

1. HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393.

Artikel 160 lid 1 Gemw wijst het college van burgemeester en wethouders aan als het bevoegde bestuursorgaan om 'tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten'. Het contracteren met een privaatrechtelijke rechtspersoon kwalificeert als een dergelijke privaatrechtelijke rechtshandeling. In artikel 160 lid 2 Gemw is een nadere uitwerking van deze bepaling opgenomen voor enkele bijzondere privaatrechtelijke rechtshandelingen, waaronder ook voor het aangaan van publiek-private samenwerkingsvormen, waarbij ook de gemeenteraad moet worden geconsulteerd:

'Het college besluit slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het besluit wordt niet genomen dan nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.'

Volledigheidshalve moet erop worden gewezen dat de gemeenteraad ook desgevraagd of in geval van ingrijpende gevolgen voor de gemeente dient te worden ingelicht over voorgenomen privaatrechtelijke rechtshandelingen, zo volgt uit artikel 169 lid 4 Gemw:

'(Het college en elk van zijn leden afzonderlijk) geven de raad vooraf inlichtingen over de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in artikel 160, eerste lid, onder e, f, g en h, indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In het laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.'

Ten slotte geldt dat in de praktijk een onwerkbaar situatie zou ontstaan als telkens slechts het voltallige college van burgemeester en wethouders bevoegd zou zijn privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Derhalve voorziet de Gemw in de vertegenwoordiging van de gemeente in en buiten rechte door de burgemeester (art. 171 lid 1 Gemw).

Kortom, uit het hiervoor geschetste wettelijke kader vloeit voort dat indien een privaatrechtelijke rechtspersoon wenst te contracteren met een publiekrechtelijke rechtspersoon (in dit voorbeeld 'de gemeente') de vertegenwoordigingsbevoegde – in dit geval de burgemeester – zijn handtekening onder de overeenkomst zal zetten. Hij is hiertoe slechts bevoegd nadat het college van burgemeester en wethouders daartoe heeft besloten en – in voorkomende gevallen – nadat de gemeenteraad daarover is ingelicht en zijn wensen en bedenkingen heeft geuit. Volledigheidshalve wordt hierbij nog opgemerkt dat op dit contracteren in ieder geval de regels van het BW van toepassing zijn.

In theorie is hiermee een sluitend systeem gecreëerd, maar in de praktijk treden diverse complicaties op. De belangrijkste daarvan is dat de gewenste overeenkomst tussen de gemeente en de privaatrechtelijke rechtspersoon het resultaat is van een langdurig onderhandelingsproces, waarbij normaliter aan gemeentezijde een aantal ambtenaren het woord heeft gevoerd. De burgemeester heeft dus niet daadwerkelijk namens de gemeente 'aan tafel' gezeten en het college van burgemeester en wethouders is evenmin op de hoogte van het onderhandelingsresultaat. Dit heeft in beginsel tot gevolg dat geen overeenkomst tot stand kan komen totdat – maar slechts nadat – de noodzakelijke besluitvorming op basis van de Gemw heeft plaatsgevonden.<sup>2</sup>

Een praktische tegemoetkoming bestaat eruit dat de privaatrechtelijke rechtspersoon voorafgaand aan de daadwerkelijke onderhandelingen het college van burgemeester en wethouders verzoekt te besluiten tot het aangaan van een nader uit te onderhandelen overeenkomst. Vervolgens zullen de onderhandelingen van gemeentezijde dan kunnen worden gevoerd door één of meer ambtenaren. In het onderhandelingsresultaat zal vervolgens de ontbindende of opschortende voorwaarde (moeten) zijn opgenomen dat het college van burgemeester en wethouders instemt met het eindresultaat van de onderhandelingen.

Deze oplossing lijkt weliswaar praktisch en eenvoudig, maar kan – vanuit het perspectief van de privaatrechtelijke rechtspersoon – toch frustrerend zijn: gelet op de complexe besluitvormingsprocessen binnen de gemiddelde Nederlandse gemeente betekent een dergelijke voorwaarde niet zelden dat na het afronden van de onderhandelingen gedurende twee tot drie maanden een zwaard van Damocles boven de overeenkomst hangt.

Deze oplossingsrichting is bovendien niet zonder grenzen. Een van die grenzen is gelegen in artikel 6:23 lid 1 BW. Dit artikel lid bepaalt dat wanneer een partij die bij de niet-ervulling van een ontbindende of opschortende voorwaarde belang had de vervulling daarvan heeft belet, de voorwaarde als vervuld kan gelden indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen.

Dat dit artikellid ook onverkort van toepassing kan zijn op overeenkomsten tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en een privaatrechtelijke rechtspersoon, ondervond recentelijk de gemeente Almere. Na jarenlange onderhandelingen met een supermarktondernemer verschoolde de gemeente zich achter de opschortende voorwaarde van instemming door het college van burgemeester en wethouders met de desbetreffende overeenkomst. De supermarktondernemer meende dat een overeenkomst tot stand was gekomen en beriep zich hierbij op artikel 6:23 lid 1 BW.

2. Vgl. voor recente voorbeelden: Rb. Arnhem 1 juni 2011, RCR 2011, 91 en Hof Arnhem 13 december 2011, NJF 2012, 67.

In antwoord hierop stelde de gemeente zich op het standpunt dat van toepassing van artikel 6:23 lid 1 BW pas sprake kan zijn, indien tussen partijen een overeenkomst onder opschortende voorwaarde tot stand is gekomen. Artikel 160 lid 1 aanhef en onder e Gemw brengt echter mee dat geen rechtsgeldige overeenkomst onder opschortende voorwaarde tot stand kan komen zonder dat het college van burgemeester en wethouders tot het aangaan daarvan heeft besloten, zo beredeneerde de gemeente. De Hoge Raad oordeelde anders:

‘De bepaling van art. 160 lid 1, aanhef en onder e, Gemeentewet kent het college van B&W de bevoegdheid toe tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Deze bevoegdheid sluit niet uit dat (...) met instemming van B&W onderhandelingen over een voorgenomen privaatrechtelijke rechtshandeling namens de gemeente door ambtenaren kunnen worden gevoerd en dat als resultaat van die onderhandelingen een rechtshandeling tot stand komt onder de voorwaarde van goedkeuring door het college van B&W. In een dergelijk geval kan (...) een zodanige voorwaarde (door partijen of de rechter) worden aangemerkt als opschortende voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW, zodat in voorkomend geval ook art. 6:23 lid 1 BW toepassing kan vinden. Daartoe is niet nodig dat de onderhandelaars van de zijde van de gemeente een mandaat (van B&W) hebben om de gemeente te binden, omdat vanwege de opschortende voorwaarde de overeenkomst de gemeente pas bindt nadat de voorwaarde in vervulling is gegaan (of op grond van art. 6:23 geacht wordt in vervulling te zijn gegaan).<sup>3</sup>

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat het systeem van de artikelen 160 en 171 Gemw niet in alle gevallen sluit. In uitzonderlijke gevallen kan ook zonder uitdrukkelijke besluitvorming van het college van burgemeester en wethouders als bedoeld in artikel 160 Gemw een overeenkomst tot stand komen.

### Vertegenwoordiging en volmacht

Hiervoor werd gesuggereerd dat overeenkomsten tussen een privaatrechtelijke rechtspersoon en de gemeente van gemeentezijde door de burgemeester moeten worden ondertekend en dat hieraan voorafgaand – behoudens enkele uitzonderlijke gevallen – een besluit van het college van burgemeester en wethouders is vereist. Naar de letter van de wet is dit een juiste gang van zaken. Echter vooral in grote gemeenten zou het volstrekt onhoudbaar zijn indien aan elke overeenkomst een specifiek besluit van het voltallige college ten grondslag moet liggen en elk besluit vervolgens ter ondertekening het bureau van de burgemeester dient te bereiken.

In de praktijk kennen de meeste – zo niet alle – gemeenten daarom een regeling waarin delegatie (de overdracht van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten door een bestuursorgaan) en mandaat (de uitoefening van bevoegdheden in naam

van een bestuursorgaan) van bevoegdheden zijn neergelegd en waarin tevens een lijst met gevolmachtigden is opgenomen.

Deze laatstgenoemde figuur stamt rechtstreeks uit het vermogensrecht. Artikel 3:60 BW bepaalt dat volmacht de bevoegdheid is die een volmachtgever (in dezen: de burgemeester) verleent aan de ander, de gevolmachtigde (in dezen: de ambtenaar in kwestie), om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.

Bij de eerstgenoemde figuur, het mandaat, is een nadere toelichting op zijn plaats. Immers, in artikel 10:1 Awb is verankerd dat onder mandaat wordt verstaan: ‘de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen’.

Besluiten kwalificeren als publiekrechtelijke rechtshandelingen, terwijl bij het contracteren met gemeenten juist privaatrechtelijke rechtshandelingen aan de orde zijn. Voor het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen voorziet artikel 10:12 Awb in een schakelbepaling, waarvan de inhoud erop neerkomt dat de bepalingen in de Awb over mandaat van overeenkomstige toepassing zijn indien een bestuursorgaan een volmacht verleent aan personen werkzaam onder zijn verantwoordelijkheid (lees: ambtenaren) tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen.

Een voorbeeld ter illustratie: gemeenten zijn dikwijls betrokken bij de verkoop van gronden aan projectontwikkelaars. In het geval van ambitieuze prestigeprojecten is denkbaar dat de ‘koninklijke route’ wordt gevolgd, zoals in de hiervoor geschetste wettelijke bepalingen is neergelegd. Indien de gemeente echter enige groenstroken wenst te verkopen, dan voorziet dikwijls de algemene delegatie-, mandaat- en volmachtregeling in mandatering van (bijvoorbeeld) het hoofd van de afdeling grondzaken om namens het college te besluiten tot de grondverkoop, alsmede in de volmacht om de grondverkoopovereenkomst namens de burgemeester te tekenen.

Een nadeel van deze oplossing vanuit het perspectief van de contractuele wederpartij van de gemeente is dat niet alle gemeenten zo attent zijn om de algemene delegatie-, mandaat- en volmachtregeling op de gemeentelijke website te publiceren. Voor zover de regeling weliswaar op een algemeen toegankelijke locatie is gepubliceerd, is vaak niet of nauwelijks te verifiëren of sprake is van een actuele regeling. In een aantal gevallen wordt aan de titel van de regeling weliswaar een specifiek jaartal toegevoegd, maar daarmee is nog niet gezegd dat de regeling ook jaarlijks wordt bijgewerkt en opnieuw wordt vastgesteld.

Aanbevelenswaardig is daarom, voorafgaand aan ondertekening van de overeenkomst met de gemeente, nadrukkelijk navraag te doen naar (bescheiden waaruit blijkt van) de bevoegdheid van de voorgenomen ‘ondertekenaar’ van gemeentezijde. Immers, indien een ambtenaar zijn volmacht overschrijdt, heeft dit in beginsel tot gevolg dat tussen de gemeente en een privaatrechtelijke rechtspersoon geen over-

3. HR 1 juni 2012, LJN BV1748, r.o. 3.10.2.

eenkomst tot stand komt.<sup>4</sup> In een dergelijk geval is sprake van onbevoegde vertegenwoordiging.

Dit is anders in het geval de gemeente de door de ambtenaar onbevoegd verrichte rechtshandeling bekrachtigt. Dan kan in weerwil van de onbevoegde vertegenwoordiging alsnog een overeenkomst tot stand komen. De gedachte hierachter is dat de gemeente er geen belang bij heeft wanneer een rechtshandeling niet aan haar wordt toegerekend, als zij daarbij juist is gebaat. Tenzij voor de totstandkoming van de rechtshandeling een vormvereiste geldt (zoals het verlijden van een notariële akte voor de levering van een onroerende zaak), kan normaliter worden volstaan met een schriftelijke bevestiging van de gemeente dat zij de rechtshandeling bekrachtigt.

Ook indien de privaatrechtelijke rechtspersoon op grond van gedragingen of verklaringen van de gemeente erop mocht vertrouwen dat de ambtenaar bevoegd was tot het verrichten van de rechtshandeling ('opgewekte schijn'), kan onder omstandigheden – ondanks de onbevoegde vertegenwoordiging – alsnog een overeenkomst tot stand komen. De jurisprudentie over dit onderwerp is buitengewoon casuïstisch, aangezien de rechter zal moeten vaststellen of in het concrete geval door de gemeente (of een andere publiekrechtelijke rechtspersoon) de schijn van bevoegde vertegenwoordiging is gewekt. Enig houvast is te vinden in het befaamde arrest Kleuterschool Babel:

'Het (...) eerste middel komt terecht op tegen 's Hof's oordeel dat voor de vraag of een Gemeente voor de gedragingen van een wethouder kan worden aangesproken, beslissend is of de wethouder in de Gemeentewet als orgaan van de Gemeente wordt erkend. De gedragingen van een wethouder kunnen immers ook dan een onrechtmatige daad van de Gemeente opleveren, wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente hebben te gelden. Aangenomen moet worden dat dit het geval is, wanneer de gedragingen van een wethouder van onderwijs bestaan in het doen van uitlatingen in zijn hoedanigheid ter zake van de aansprakelijkheid voor gebreken in de bouw van een in de gemeente gevestigde kleuterschool.'<sup>5</sup>

Een recent voorbeeld van een geslaagd beroep op een door een publiekrechtelijke rechtspersoon gewekt vertrouwen heeft betrekking op de redding van voetbalclub Vitesse. Medio 2001 verkeerde de voetbalclub in een financiële noodsituatie. Enkele private financiers van Vitesse hadden een reddingsplan opgesteld, op basis waarvan op initiatief van de portefeuillehouder financiën van gedeputeerde staten van Gelderland (hierna: GS) crisisbesprekingen zijn gevoerd, waarbij vier van de vijf Gelderse gedeputeerden aanwezig waren. Daarbij zijn plannen besproken op grond waarvan ook de provincie een financiële bijdrage zou leveren. De private financiers hebben vervolgens uitvoering gegeven aan hun aandeel van de plannen

en zeer aanzienlijke financiële verplichtingen op zich genomen. Voor de financiële hulpplannen van GS bleek uiteindelijk onvoldoende politiek draagvlak te bestaan bij provinciale staten van Gelderland (hierna: PS).

Vitesse en haar financiers hebben vervolgens schadevergoeding gevorderd van de provincie omdat de toezeggingen van de gedeputeerden niet waren nagekomen, onder meer resulterende in het mislopen door Vitesse van een korting op de huurprijs voor stadion 'Gelredome'. Nadat het Gerechtshof Arnhem de 'hoofdregel' – dat in beginsel alleen bevoegd gedane toezeggingen de provincie kunnen binden, tenzij de provincie zelf door een handelen of nalaten de (toerekenbare) schijn heeft gewekt dat de toezegging bevoegd namens de provincie is gedaan<sup>6</sup> – reeds had bevestigd, oordeelde de Hoge Raad na een jarenlang juridisch gevecht dat slechts onder bijzondere omstandigheden aansprakelijkheid van de provincie kan worden aangenomen voor toezeggingen van haar gedeputeerden. Volgens de Hoge Raad hadden de gedragingen van de gedeputeerden in deze zaak in het maatschappelijk verkeer echter te gelden als gedragingen van de provincie (en niet als handelingen op eigen naam), waarmee Vitesse en haar financiers zijn bewogen zeer aanzienlijke financiële verplichtingen aan te gaan. Het lag niet op de weg van Vitesse en haar financiers navraag te doen naar de bevoegdheid van de gedeputeerden om toezeggingen te doen. In de gegeven omstandigheden mocht van de gedeputeerden worden verwacht voldoende duidelijk een voorbehoud te maken ter zake de toestemming van PS, dan wel uitdrukkelijk te waarschuwen dat de provincie slechts een inspanningsverplichting op zich nam. Nu de gedeputeerden dit hadden nagelaten, heeft de provincie Vitesse en haar financiers op het verkeerde been gezet en jegens hen onrechtmatig gehandeld.<sup>7</sup>

### Doorwerking algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Een meer publiekrechtelijke 'vertaling' van de hiervoor besproken problematiek van onbevoegde vertegenwoordiging is of bij de desbetreffende privaatrechtelijke rechtspersoon het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat de overeenkomst rechtsgeldig werd aangegaan en/of ondertekend, alsmede of dientengevolge het vertrouwensbeginsel met zich brengt dat de gemeente dit gerechtvaardigde vertrouwen gestand moet doen.

Het vertrouwensbeginsel is een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze rechtsbeginselen zijn deels gecodificeerd (in de Awb) en deels ongecodeerd (volgen uit de jurisprudentie en doctrine) en normeren in de eerste plaats het publiekrechtelijk handelen van bestuursorganen. Deze beginselen kunnen daarnaast ook een rol spelen bij privaatrechtelijke rechtshandelingen van publiekrechtelijke rechtspersonen.<sup>8</sup>

4. Vgl. o.m. HR 31 januari 1997, NJ 1998, 704 m.nt. C.J.H. Brunner (Reisbureau De Globe BV/Provincie Groningen).

5. Vgl. o.m. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babel).

6. Hof Arnhem 3 juni 2008, LJN BD6676, r.o. 4.7.

7. HR 25 juni 2010, AB 2010, 334 m.nt. F.J. van Ommeren en NJ 2010, 371.

8. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727.

Artikel 3:14 BW bepaalt immers dat een bevoegdheid die iemand (onder wie ook publiekrechtelijke rechtspersonen) krachtens het privaatrecht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn voorbeelden van dergelijke regels van publiekrecht.

De Awb kent een soortgelijke bepaling. In artikel 3:1 lid 2 Awb is neergelegd dat de in de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb gecodificeerde beginselen van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, waaronder dus ook privaatrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de aard van die rechtshandeling zich daartegen niet verzet. Als gevolg hiervan zijn publiekrechtelijke rechtspersonen onder meer gehouden alle nodige kennis te verzamelen over de relevante feiten en de af te wegen belangen, mogen zij geen misbruik maken van toegekende bevoegdheden en mogen de gevolgen van de te sluiten overeenkomst voor één of meer betrokkenen geen onevenredig nadelige gevolgen hebben in verhouding tot het met de overeenkomst te dienen doel.

De belangrijkste consequentie van deze bepalingen uit het BW en de Awb is dat publiekrechtelijke rechtspersonen in verhouding tot privaatrechtelijke rechtspersonen minder vrijheid genieten bij het maken van de keuze met wie en onder welke voorwaarden zij wensen te contracteren. Het gelijkheidsbeginsel speelt hierbij een grote rol. Aan de hand van transparante en objectieve criteria moet een publiekrechtelijke rechtspersoon kunnen aangeven waarom hij bijvoorbeeld wel met de ene privaatrechtelijke rechtspersoon, maar niet met de andere privaatrechtelijke rechtspersoon in zee wil gaan, of waarom hij bijvoorbeeld in het ene geval wel een bankgarantie verlangt van de privaatrechtelijke rechtspersoon met wie hij contracteert en in het andere geval niet.<sup>9</sup>

Ter illustratie dient het aanbestedingsrecht. Dit rechtsgebied is als geen ander erop gericht een gelijk speelveld te garanderen, zodat iedere mogelijke contractspartner van de aanbestedende overheidspartij een gelijke kans heeft in aanmerking te komen voor het sluiten van een overeenkomst met de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon. Veelal maakt een conceptovereenkomst deel uit van de stukken die in de aanbestedingsprocedure voor alle partijen beschikbaar zijn, opdat alle potentiële contractpartners zich zien verzekerd van een gelijkkluidend aanbod.

Vervolgens rijst de vraag wat de gevolgen kunnen zijn indien een overeenkomst tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en een privaatrechtelijke rechtspersoon tot stand komt in strijd met één of meer van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder in strijd met het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel.

9. A.A. van Rossum, *Van contact naar contract*, Den Haag: Vereniging Nederlandse Gemeenten 2003, p. 60.

Uit artikel 3:40 lid 1 BW volgt dat een overeenkomst die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig is. Met de zinsnede 'goede zeden of de openbare orde' heeft de wetgever bedoeld te verwijzen naar de normen van ongeschreven recht die in de samenleving als fundamenteel worden ervaren,<sup>10</sup> waaronder enige algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>11</sup> Ook overeenkomsten in strijd met een dwingende wetsbepaling zijn in beginsel nietig, tenzij de wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een van de partijen bij de overeenkomst, in welk geval de overeenkomst vernietigbaar is (art. 3:40 lid 2 BW). In dat laatste geval is de overeenkomst geldig, tenzij een beroep wordt gedaan op de vernietigbaarheid van de overeenkomst en dit beroep wordt gehonoreerd. Nietigheid vindt daarentegen van rechtswege plaats. Mogelijk is overigens dat slechts één of meer bedingen uit de overeenkomst nietig zijn en niet de gehele overeenkomst (art. 3:41 BW).

Ter afsluiting van deze paragraaf kan nog de vraag worden opgeworpen in hoeverre naast de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrechtelijk handelen van publiekrechtelijke rechtspersonen, ruimte bestaat voor de toepassing van de typisch privaatrechtelijke notie van de redelijkheid en billijkheid. Binnen de juridische doctrine is hierover een nadrukkelijk verschil van mening zichtbaar. Gelet op de praktische insteek van deze bijdrage voert het te ver hierop in detail in te gaan. Volstaan wordt met het signaleren dat het ene 'kamp' van mening is dat met de toepassing van de redelijkheid en billijkheid uit het BW geen wezenlijk ander resultaat kan worden bereikt dan door de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het andere 'kamp' stelt zich op het standpunt dat deze grootheden niet op één lijn zijn te stellen, omdat bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uitdrukkelijker dan de redelijkheid en billijkheid in verschillende soorten zijn te onderscheiden en daardoor een meer gedifferentieerde benadering mogelijk maken.<sup>12</sup>

### Geheimhouding vs. Wet openbaarheid van bestuur

Het ligt in het hart van menig ondernemer dat hij zijn afspraken en overeenkomsten met derden voor zijn concurrenten verborgen wenst te houden. Deze geheimhouding waarborgt tot op een zekere hoogte een voordeel van deze ondernemer ten opzichte van zijn concurrenten. Dit verklaart ook waarom de meeste overeenkomsten waarbij alleen privaatrechtelijke rechtspersonen zijn betrokken een geheimhoudingsclausule bevatten, dikwijls vergezeld van stevige boetebedragen in geval van overtreding daarvan. In het licht hiervan zullen privaatrechtelijke rechtspersonen vaak in hun overeenkomsten met publiekrechtelijke rechtspersonen soortgelijke geheimhoudingsclausules willen opnemen.

10. J.H. Nieuwenhuis e.a., *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, toelichting bij art. 3:40 BW.

11. Vgl. o.m. HR 3 april 1998, NJ 1998, 588 (Alkemade/Hornkamp).

12. Een overzicht is opgenomen in A.A. van Rossum, *Contracteren met de overheid*, Tijdschrift *Contracteren* 2005, p. 92.

Publiekrechtelijke rechtspersonen zullen aan deze wens niet zonder meer tegemoet kunnen komen, aangezien zij in veel gevallen deze geheimhouding niet kunnen garanderen. Hieraan staat de WOB in de weg. Op basis van deze wet kan eenieder een verzoek om informatie – neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid – richten tot een bestuursorgaan (art. 3 lid 1 WOB). Een bestuurlijke aangelegenheid is in de WOB gedefinieerd als een aangelegenheid die betrekking heeft op het beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en uitvoering daarvan.

In dit verband wordt geen onderscheid gemaakt tussen ‘publiekrechtelijke aangelegenheden’ en ‘privaatrechtelijke aangelegenheden’. Informatie neergelegd in documenten over te sluiten en gesloten overeenkomsten met privaatrechtelijke rechtspersonen (waaronder de overeenkomsten zelf) zijn daarmee voor eenieder op te vragen bij een bestuursorgaan. In beginsel dient het bestuursorgaan de verzochte informatie te verstrekken. Ter bescherming van derden – waaronder in een voorkomend geval ook privaatrechtelijke rechtspersonen – kent de WOB enige uitzonderingen en beperkingen op deze verplichte informatieverstrekking.

De voor privaatrechtelijke rechtspersonen meest belangrijke uitzondering is neergelegd in artikel 10 lid 1 sub c WOB: het verstrekken van informatie over bedrijfs- en fabricagegegevens die door privaatrechtelijke rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld, dient achterwege te blijven. Volgens vaste jurisprudentie dient het begrip ‘bedrijfs- en fabricagegegevens’ restrictief te worden uitgelegd:

‘Van bedrijfs- en fabricagegegevens is slechts sprake, indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers. Ook gegevens die uitsluitend de financiële bedrijfsvoering betreffen, kunnen onder omstandigheden als bedrijfsgegevens worden aangemerkt.’<sup>13</sup>

In de praktijk kan met een beroep op dit artikellid meestal – maar niet altijd<sup>14</sup> – worden voorkomen dat ten minste de meest concurrentiegevoelige informatie over prijzen, hoeveelheden, toeleveranciers en afnemers moet worden openbaar gemaakt. Van belang is dat de verstrekker van de informatie de vertrouwelijkheid daarvan heeft beoogd en dat dit ook blijkt uit het document.<sup>15</sup>

Verstrekking van informatie door een bestuursorgaan kan eveneens achterwege blijven indien daarmee de onevenredige bevoordeling of benadeling van de bij de aangelegenheid

betrokken (rechts)personen of derden wordt voorkomen en hun belangen dienen te prevaleren boven het belang dat is gemoeid met de verstrekking van de verzochte informatie (art. 10 lid 2 sub g WOB). Denkbaar is daarom dat deze uitzonderingsgrond wordt aangewend om te voorkomen dat gevoelige informatie bij concurrenten terecht komt, in het bijzonder wanneer ook contractueel geheimhouding is overeengekomen. In de jurisprudentie wordt echter als uitgangspunt gehanteerd:

‘Voor zover het college aanvoert dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat met één van de betrokkenen geheimhouding is overeengekomen, oordeelt de Afdeling dat dit een factor van belang kan zijn voor zover het gaat om gegevens die slechts op grond van de belofte van geheimhouding zijn verstrekt.’<sup>16</sup>

Een bestuursorgaan kan met een beroep op deze uitzonderingsgrond dus niet zonder meer aan openbaarmaking ontkomen als contractueel is overeengekomen niet tot openbaarmaking te zullen overgaan. De contractuele geheimhouding is echter wel een aspect dat het bestuursorgaan in zijn belangenafweging kan betrekken.

In sommige gevallen zijn privaatrechtelijke rechtspersonen juist gebaat bij het vergaren van informatie. Te denken valt aan de projectontwikkelaar die inzicht wenst in de totstandkoming van grondprijzen binnen een gemeente of informatie wil vergaren over exploitatieberekeningen. In dergelijke gevallen mag de verstrekking van informatie door de gemeente achterwege blijven, indien het belang daarvan niet opweegt tegen de economische of financiële belangen van de gemeente (art. 10 lid 2 sub b WOB).<sup>17</sup>

Ondanks deze – en diverse in relatie tot privaatrechtelijke rechtspersonen minder toepasselijke – uitzonderingsgronden en beperkingen op het beginsel van verplichte informatieverstrekking door bestuursorganen dienen privaatrechtelijke rechtspersonen telkens in het achterhoofd te houden dat de documenten die zij in het kader van een onderhandelings- en contracteringsproces aan de overheid verstrekken, mogelijk ook aan anderen moeten worden verstrekt. Dit risico kan enigszins worden beperkt door nadrukkelijk aan te geven dat de verstrekte informatie vertrouwelijk is. Ook het opnemen van een geheimhoudingsclausule in de overeenkomst kan daartoe bijdragen.

## Conclusie

In deze bijdrage heb ik inzichtelijk gemaakt dat het contracteren tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke rechtspersonen primair wordt beheerst door de gebruikelijke spelregels van het BW. Gelet op het feit dat overeenkomsten met publiekrechtelijke rechtspersonen echter op een meer formele wijze tot stand komen dan overeenkomsten tussen

13. O.m. ABRvS 29 april 2008, LJN BD0771 en ABRvS 6 juni 2012, LJN BW7607.

14. Vgl. bijv. ABRvS 30 mei 2012, LJN BW6910.

15. Rb. Haarlem 17 september 2009, LJN BJ8008.

16. ABRvS 20 juni 2007, LJN BA7618.

17. ABRvS 18 februari 2009, AB 2009, 171.

louter private partijen, omdat de vertegenwoordiging van publiekrechtelijke rechtspersonen niet altijd eenvoudig is te doorgronden en met name omdat vele publiekrechtelijke normen doorwerken in het privaatrechtelijk handelen van publiekrechtelijke rechtspersonen, is het contracteren met publiekrechtelijke rechtspersonen geen sinecure.