

Niels Jak*

10 | **Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht**

De afnemende betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid bij ontstating

@N_Jak – Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht. Publieke taken worden voortdurend uitbesteed aan private rechtspersonen. In de toekomst zal de betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid bij ontstating steeds meer afnemen #semipublieke-instellingen #bestuursorgaanbegrip #ontstating

1. Inleiding

1.1 Ontstating en verstatiging: een slingerbeweging

Tegenwoordig worden publieke belangen niet alleen door de traditionele overheidsinstellingen behartigd. In toenemende mate zijn daarbij ook private rechtspersonen door de overheid ingeschakeld. De verwezenlijking van publieke belangen wordt aldus *ontstatigt*. Private rechtspersonen worden speciaal door de overheid opgericht. Te denken valt aan een privaat afvalbeheerbedrijf waarvan diverse gemeenten aandeelhouder zijn. Ook wordt openbaar gezag toegekend aan private rechtspersonen. Een bekend voorbeeld is het garagebedrijf belast met het verrichten van APK-keuringen. Een onderwerp dat momenteel volop in de belangstelling staat, is de uitbesteding aan private aanbieders van de feitelijke uitvoering van besluiten in het sociaal domein, zoals de feitelijke uitvoering van een indicatiebesluit op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo).¹ Daarnaast heeft het gebruik van de overheid van privaatrechtelijke rechtspersonen voor het verstrekken van publiek geld hernieuwde aandacht gekregen. Het gaat hier veelal om fondsen ter financiering van maatschappelijke initiatieven van burgers en bedrijven.² De ontstating van publieke-belangenbehartiging, heeft erin geresulteerd dat een bijzondere

* Mr. dr. N. Jak is Senior Professional Support Lawyer bij de praktijkgroep bestuursrecht van Stibbe en verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

¹ Zie N. Jak, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private aanbieders. Het sociaal domein als proeftuin', *NTB* 2018/49.

² J. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000; W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52; J. van den Brink & W. den Ouden, 'Invest-NL. Bankieren met € 2,5 miljard publiek geld; welke regels gelden er eigenlijk?', *NJB* 2018/1100.

categorie van private rechtspersonen is ontstaan, die in deze bijdrage worden aangeduid als *semipublieke instellingen*.³

Tegelijkertijd is een andere, omgekeerde, ontwikkeling te zien, waarbij publieke-belangenbehartiging door private rechtspersonen wordt *verstatelijkt*. Zo is de regering voornemens om ProRail BV, een 100% staatsdeelneming die verantwoordelijk is voor het spoorwegnet, om te vormen tot een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan (zbo) met eigen rechtspersoonlijkheid.⁴ De publieke financiering en monopoliepositie van ProRail vereisen publieke sturing en verantwoording. De huidige bv-vorm wordt daarvoor minder geschikt geacht. Ook zien we dat de wetgever de toepasselijkheid van diverse publiekrechtelijke wetgeving tracht uit te breiden naar de semipublieke sector. Te denken valt aan regulering middels de Wet normering topinkomens⁵ en het wetsvoorstel Wet open overheid.⁶

De ontwikkeling van ontstatelijking enerzijds en verstatelijking anderzijds kan worden gekarakteriseerd als een *slingerbeweging*. Een recent voorbeeld hiervan is de nationalisatie van financiële instellingen zoals ABN AMRO, waartoe de staat gedurende de economische crisis ontstaan eind 2008 genoodzaakt was. In 2015 is weer gestart met de geleidelijke privatisering van de generationaliseerde financiële instellingen.⁷ Evengoed geven incidenten rondom financiële instellingen, bijvoorbeeld inzake het beloningsbeleid, voor de politiek weer aanleiding om maatregelen te bepleiten waarmee meer grip kan worden verkregen op dergelijke instellingen.⁸

³ Onder semipublieke instellingen versta ik privaatrechtelijke rechtspersonen die een publiek belang behartigen of institutioneel verbonden zijn met traditionele overheidsinstellingen als de Staat, gemeenten en provincies. Die verbinding vindt doorgaans haar grondslag in verschillende institutionele beïnvloedingsmogelijkheden die de overheid ter beschikking staan, zoals het gebruik van wettelijke dan wel statutaire aanwijzingsbevoegdheden, goedkeuringsbevoegdheden en benoemingsrechten. Daarnaast kan de institutionele verbondenheid voortvloeien uit een financiële relatie met de overheid.

⁴ Concept wetsvoorstel Wet Publiekrechtelijke omvorming ProRail (<https://www.internetconsultatie.nl>). Een ander voorbeeld is de omvorming van Stichting Airport Coordination Netherlands (SACN), die verantwoordelijk is voor het toewijzen van slots aan de luchtvaartmaatschappijen op drie slotgecoördineerde luchthavens in Nederland, van een privaatrechtelijk zbo naar een publiekrechtelijk zbo. Achtergrond hiervan is het kabinetsbeleid voor zbo's, dat publiekrechtelijke vormgeving tot uitgangspunt neemt. *Kamerstukken II 2018/19, 35060, 1-4*. Zie over het kabinetsbeleid inzake zbo's S.E. Zijlstra, 'De maakbare overheid. Nieuw beleid inzake zelfstandige bestuursorganen', *NTB 2014/37*.

⁵ N.H. van Amerongen, 'De semipublieke sector in de Wet normering topinkomens, inzichten voor het algemeen bestuursrecht', *NTB 2018/59*.

⁶ N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Wet open overheid', *NJB 2016/1475*.

⁷ *Kamerstukken II 2015/16, 31789, 80 e.v.*

⁸ Zie de moties die zijn ingediend bij het debat over de verhoging van de beloning van de bestuursvoorzitter van ING in 2018. *Kamerstukken II 2017/18, 32013, 175-188*.

1.2 De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking en de eisen van de rechtsstaat

Door de voortdurende verschuiving van de uitvoering van publieke taken naar semipublieke instellingen, rijst de vraag in hoeverre daarbij de eisen van de democratische rechtsstaat (nog) geborgd zijn. Het gaat hier om de klassieke pijlers als legaliteit, machtsverdeling, normering en rechtsbescherming.⁹ Dien de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat, die de relatie tussen burger en overheid bepalen, niet met de verschuiving van overheidstaken naar private organisaties mee te verschuiven?¹⁰ De urgentie van die vraag blijkt mede uit de in 2016 door de Commissie van Venetië opgestelde *checklist* aan de hand waarvan de mate van rechtsstatelijkheid van een staat bepaald kan worden. Eén van de ijkpunten die de commissie daarbij namelijk heeft geformuleerd, is de mate waarin semipublieke actoren aan de eisen van de rechtsstaat voldoen.¹¹ Het verbaast dan ook niet dat ontstatelijking van bestuur en de borging van rechtsstatelijke waarden één van de kernthema's is die de agenda voor de toekomst van het bestuursrecht¹² en in het bijzonder de Algemene wet bestuursrecht (Awb)¹³ bepaalt.

1.3 Rechtsbescherming, publiekrechtelijke normering en het bestuursorgaanbegrip

In deze bijdrage wordt ingegaan op twee van de hiervoor genoemde rechtsstatelijke pijlers, namelijk (1) de bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens het handelen van semipublieke instellingen en (2) de publiekrechtelijke norme-

⁹ Vgl. M.L. van Emmerik, 'Rechtsstatelijke inbedding van hybride bestuursrecht. Bespreking VAR-preadviezen 2016', *NTB* 2016/24, p. 178.

¹⁰ M. Scheltema, 'De Hoge Raad en het algemeen belang', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 815.

¹¹ Venice Commission, *Rule of Law Checklist* (CDL-AD(2016)007). Zie ook de aangenomen motie van het lid Özütok c.s. waarin de regering, onder verwijzing naar de *checklist* van de Commissie van Venetië, wordt verzocht bij de overdracht van publieke taken aan semipublieke instellingen expliciet aandacht te besteden aan de bescherming van burgerrechten. *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VII, 17.

¹² Zie het themanummer over het bestuursrecht van de toekomst, *NTB* 2014, afl. 8; het themanummer naar aanleiding van de afscheidsrede van Schreuder-Vlasblom, *NTB* 2016, afl. 10; S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (VAR-reeks 156), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016; R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 508-512; S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54.

¹³ M. Scheltema, 'Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', *NJB* 2015/814; B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat* 2015, afl. 6, p. 422-436.

ring van semipublieke instellingen.¹⁴ Het begrip bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb speelt hierbij tot op de dag van vandaag een cruciale rol. Immers, alleen tegen besluiten (art. 1:3 lid 1 Awb) van bestuursorganen staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Daarnaast zijn publiekrechtelijke normen, zoals de geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alleen van toepassing op bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb.¹⁵

Deze bijdrage richt zich specifiek op de betekenis die het bestuursorgaanbegrip in de toekomst nog heeft als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming jegens (par. 2) en normering van (par. 3) semipublieke instellingen. Voldoet aansluiting bij het bestuursorgaanbegrip nog wel vanuit een oogpunt van rechtsstatelijkheid? Betoogd wordt dat het bestuursorgaanbegrip op een enkel punt nog aan kracht kan winnen, maar dat tegelijk de betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid in toenemende mate zal afnemen.¹⁶

2. Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

2.1 Publieke-taakjurisprudentie: de wetgever aan zet

Voor de toegang tot de bestuursrechter is het van belang vast te stellen in hoeverre een semipublieke instelling de hoedanigheid heeft van bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 Awb. Alleen een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb genomen door een bestuursorgaan is immers in beginsel appellabel bij de bestuursrechter. Semipublieke instellingen worden als bestuursorgaan aangemerkt voor zover zij zijn bekleed met openbaar gezag in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Openbaar gezag kan bij of krachtens de wet worden verkregen. Te denken valt aan de examencommissie van de Stichting Flora- en Faunawetexamens die krachtens de Flora- en faunawet¹⁷ de publiekrechtelijke bevoegdheid toekomt tot het vaststellen van de uitslag van een jachtexamen ten behoeve van het verkrijgen van een valkeniersakte.¹⁸

Het komt al heel lang voor dat privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid met publiekrechtelijke taken worden belast, zonder dat daarvoor een

¹⁴ De vragen naar de toepasselijke rechtsnormen en bestuursrechtelijke rechtsbescherming vormen de klassieke invalshoeken voor de beantwoording van de vraag naar de identiteit en de reikwijdte van het bestuursrecht (of: de vraag naar de verhouding tussen publiek- en privaatrecht). Zie G.T.J.M. Jurgens, 'Positiebepaling van het bestuursrecht: verovering of zending?', *NTB* 2016/48.

¹⁵ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *AB* 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/Comformed*).

¹⁶ Ten behoeve van de verantwoording zij opgemerkt dat deze bijdrage deels gebaseerd is op inzichten die ik al in eerdere publicaties heb uiteengezet.

¹⁷ Thans Wet natuurbescherming.

¹⁸ ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:267.

wettelijke grondslag bestaat. Dit is vooral het geval op het terrein van het presterend bestuur, waarbij private rechtspersonen, met name stichtingen, als doorgeefluik van financiële middelen tussen overheid en burger fungeren; een onderwerp dat momenteel in de doctrine opnieuw in de belangstelling staat.¹⁹ Om te voorkomen dat de burger als gevolg van een dergelijke constructie verstoken is van bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens de beslissingen van dergelijke stichtingen, acht de bestuursrechter zich al enkele decennia bevoegd over zulke beslissingen te oordelen, ook al is geen sprake van de uitoefening van openbaar gezag op grond van de wet. Deze jurisprudentielijn, ook wel ‘publieke-taakjurisprudentie’ genoemd, is door de Arob-rechter geïntroduceerd²⁰ en voortgezet onder de Awb.²¹

In de inmiddels klassiek geworden uitspraken van 17 september 2014 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt.²² Deze uitspraken zijn gedaan door een grote kamer²³ en voorafgegaan door één van de eerste conclusies van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven.²⁴ Volgens deze uitspraken zijn privaatrechtelijke rechtspersonen die zonder wettelijke grondslag geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken, bij wijze van uitzondering, een bestuursorgaan, wanneer aan twee cumulatieve eisen is voldaan. Ten eerste moeten de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke

¹⁹ Zie par. 1.1 van deze bijdrage.

²⁰ ARRvS 13 juni 1978, tB/S I, 8 (*Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw*).

²¹ PG Awb I, p. 133 r.k. Het bekendste voorbeeld is de klassieke uitspraak over Stichting Silicose Oud-mijnwerkers (ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850, AB 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra). De publieke-taakjurisprudentie heeft ook betekenis voor de afbakening van het bestuursorgaanbegrip in andere wetten, zoals de Wet openbaarheid van bestuur. Zie ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, AB 2016/299, m.nt. Peters (*Stichting Afwikkeling Maror-gelden*). Zie over de betekenis van het bestuursorgaanbegrip buiten de Awb ook J.A.F. Peters, ‘Het klassieke b-orgaan in de nieuwe tijd’, *JBplus* 2016/3, p. 177-195.

²² ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB *Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 (*Stichting Platform31*). Zie hierover N. Jak, ‘De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt. Over privaatrechtelijke rechtspersonen en het bestuursorgaanbegrip’, *JBplus* 2015/2, p. 75-95; J.A.F. Peters, ‘De publieke-taakjurisprudentie geijkt’, *NTB* 2015/23; W. den Ouden & H. van Amerongen, ‘Het bestuursorgaanbegrip voorbij?’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137-152.

²³ Nu de uitspraken zijn gedaan door een grote kamer, waarvan ook de presidenten van de CRvB en het CBb deel uitmaken, zijn die uitspraken ook van betekenis voor de rechtspraak van de andere hoogste bestuursrechtcolleges. De CRvB heeft zich inmiddels expliciet bij de grote-kameruitspraken aangesloten. CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554, *Gst.* 2018/142, m.nt. N. Jak (*FMMU*).

²⁴ Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb (inhoudelijke vereiste). Ten tweede dienen de verstrekkingen van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, gefinancierd te worden door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb (financiële vereiste). In het oog springt dat de Afdeling het criterium van de ‘publieke taak’ niet (meer) als cumulatief vereiste aanmerkt, waarmee tegemoet wordt gekomen aan één van de belangrijkste kritiekpunten in de literatuur.²⁵

Het belang van de uitspraken moet niet overtrokken worden. Het gaat niet om een koerswijziging, maar alleen om een verduidelijking van de bestaande jurisprudentie. De uitspraken hebben trouwens niet op alle punten duidelijkheid verschaft en hebben bovendien ook weer nieuwe vragen opgeroepen.²⁶ Zo blijft de vraag welke betekenis aan eventuele ‘institutionele invloed’ – dat wil zeggen: de invloed van de overheid op de organisatie van de private rechtspersoon, zoals de samenstelling van het bestuur – moet worden toegekend in het kader van het inhoudelijke vereiste. Ook rijst de vraag onder welke omstandigheden semipublieke instellingen die voor minder dan twee derden door de overheid worden gefinancierd toch als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. Nadere rechtspraak zal hierover meer duidelijkheid moeten geven, al betreft het vooral verfijning in de marge, die overigens voor de rechtspraak wel van groot belang is.

Verder heeft de Afdeling de criteria een wat formelere invulling gegeven. Dit komt weliswaar de rechtszekerheid ten goede, maar maakt ook dat overheden mogelijk gemakkelijker bestuursrechtelijke rechtsbescherming kunnen omzeilen door de relatie met de private rechtspersoon zo vorm te geven dat niet aan de cumulatieve eisen wordt voldaan. Den Ouden & Van Amerongen bepleiten daarom een meer *materiële* invulling van de criteria. De daarbij komende onzekerheid nemen zij voor lief.²⁷ Het is altijd schipperen tussen enerzijds een formelere benadering die meer rechtszekerheid biedt en anderzijds een soepelere, meer materiële, benadering die zoveel mogelijk ‘doorgeefluik-constructies’ onder het bereik van de bestuursrechter brengt.²⁸ De duidelijkheid van een goed hanteerbaar criterium heeft in de uitspraken van 17 september 2014 de overhand gekregen.²⁹ Welk criterium ook wordt gekozen, uiteindelijk zullen er altijd rafelranden rondom het bestuursorgaanbegrip bestaan. Een deel van de problemen zou kunnen worden opgelost wanneer de overheid zijn

²⁵ Zie over die kritiek Jak 2015, p. 89-91.

²⁶ Zie Jak 2015; Peters 2015.

²⁷ Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145-150. Zie ook L. van den Berge, ‘Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht’, *NTB* 2018/40, p. 222, l.k.

²⁸ Vgl. ook overweging 4.12 van de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven.

²⁹ Zie ook J.E.M. Polak, ‘De conclusie voorbij; hoe nu verder?’, *NTB* 2018/26, p. 167.

verantwoordelijkheid neemt en een einde maakt aan het gebruik van buitenwettelijke ‘doorgeefluikconstructies’. Het verdient aanbeveling dat de (bijzondere) wetgever in de toekomst de koninklijke weg bewandelt, door te voorzien in een adequate wettelijke grondslag en attributie- of delegatiebepalingen.³⁰ Op die manier zijn democratisch-rechtsstatelijke waarden beter geborgd dan nu het geval is.

2.2 Rechtsbescherming in het sociaal domein: voorbij het bestuursorgaanbegrip

Zoals gezegd, is een belangrijk oogmerk van het bestuursorgaanbegrip om de toegang tot de bestuursrechter af te bakenen. De vraag dringt zich op of deze benadering vandaag de dag nog wel toereikend is. De bestuursrechter legt het bestuursorgaanbegrip dan wel extensief uit, zo blijkt uit de publieke-taakjurisprudentie, maar het is de vraag of bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens semipublieke instellingen daarmee afdoende is gegarandeerd. De huidige discussie over de rechtsbescherming in het sociaal domein, waarbij de feitelijke uitvoering doorgaans wordt uitbesteed aan private zorgaanbieders,³¹ die geen bestuursorgaan zijn,³² biedt aanknopingspunten voor de gedachte om het bestuursorgaanbegrip als aangrijppingspunt voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming los te laten.

Op dit moment is binnen het sociaal domein sprake van fragmentatie van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De procedure bij de bestuursrechter is nu tegen één besluit gericht (het indicatiebesluit), de feitelijke uitvoering daarvan (door de private zorgaanbieder) blijft buiten beschouwing; daarvoor moet men bij de burgerlijke rechter terecht. Gelet hierop heeft de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht Scheltema, in een advies aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) een wijziging van de Awb voorgesteld die het mogelijk maakt om een geschil integraal bij de bestuursrechter aan de orde te stellen.³³ Niet alleen het indicatiebesluit, maar ook feitelijke uitvoeringshandelingen, zelfs die van de private aanbieder, kunnen aan de bestuursrechter ter toetsing worden voorgelegd. Op die manier wordt het systeem van rechtsbescherming voor de burger meer toegankelijk. De vraag rijst welke rol hierbij is weggelegd voor de Awb. Voorstelbaar is dat in de Awb een regeling voor integrale geschilbeslechting met een facul-

³⁰ Jak 2015, p. 91. Vgl. W. den Ouden, M.K.G. Tjepkema & S.E. Zijlstra, ‘De tegemoetkoming geregeld’, *NTB* 2015/13.

³¹ Zie Jak 2018.

³² Vgl. ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3318, AB 2018/98, m.nt. G.E. Greijghton-Sluyk & W.S. Zorg (*Stek Jeugdhulp*).

³³ M. Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein 2017*. Over dit advies heeft een internetconsultatie plaatsgevonden. Te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl>.

tatief karakter wordt neergelegd die, indien gewenst, kan worden toegepast door de bijzondere wetgever.³⁴

Het sociaal domein vraagt dus om een andere benadering van de afbakening van bestuursrechtelijke rechtsbescherming teneinde de rechtsstatelijke waarden voor de burger te kunnen verwezenlijken.³⁵ Dit gaat zelfs zover dat mogelijk ook het bestuursorgaanbegrip als aanknopingspunt voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private zorgaanbieders wordt losgelaten. Het handelen van de private zorgaanbieders valt in het voorstel van de regeringscommissaris immers onder de bevoegdheid van de bestuursrechter terwijl die aanbieders geen bestuursorgaan zijn. Daarmee verschuift de betekenis van het bestuursorgaanbegrip als ‘rechtsstatelijke sluitsteen’³⁶ naar de achtergrond. Het valt niet uit te sluiten dat deze ontwikkeling zich in de toekomst uitbreidt naar andere terreinen binnen het bestuursrecht waarbij de overheid de uitvoering van besluiten aan private partijen uitbesteedt. Te denken valt aan de inzet van private rechtspersonen bij nalevingstoezicht,³⁷ of bij de feitelijke uitoefening van bestuursdwang, zoals het wegslepen van illegale woonwagens door een door het gemeentebestuur ingeschakeld aannemingsbedrijf.

3. Publiekrechtelijke normering

3.1 *Uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip: overwegende overheidsinvloed*

Het bestuursorgaanbegrip in artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb wordt afgebakend aan de hand van het criterium ‘openbaar gezag’. Vanuit de functie van het bestuursorgaanbegrip om de toegang tot de bestuursrechter af te bakenen, valt dat goed te begrijpen. De toegang tot de bestuursrechter is in de Awb beperkt tot publiekrechtelijke rechtshandelingen (besluiten) en de uitoefening van openbaar gezag loopt in de meeste gevallen een op een met het nemen van besluiten.³⁸

Het bestuursorgaanbegrip is ook bepalend voor de afbakening van het toepasselijke recht. De vraag dringt zich op waarom ook voor de toepasselijkheid van publiekrechtelijke rechtsnormen, zoals de algemene beginselen van be-

³⁴ P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, ‘De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het sociaal domein’, *NTB* 2018/7, p. 21.

³⁵ Schueler 2015, p. 434.

³⁶ Zie voor deze terminologie Peters 2016, p. 185.

³⁷ Een aspect dat op het terrein van de sociale zekerheid aan de orde van de dag is. Zie Y.E. Schuurmans & S.H. Ranchordás, ‘The mystery guests in het bestuursrecht: fraudeonderzoek door particuliere recherchebureaus’, *NTB* 2016/51.

³⁸ Het criterium ‘openbaar gezag’ is overgenomen uit de voorgangers van de Awb – de Wet Bab en de Wet Arob – waar het primair diende ter afbakening van de toegang tot de bestuursrechter. *PG Awb I*, p. 132. Juist in geval van de uitoefening van openbaar gezag – of: publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening – is rechtsbescherming door de bestuursrechter aangewezen.

hoorlijk bestuur, het (enge) criterium van openbaar gezag bepalend zou moeten zijn. De parlementaire geschiedenis bij de Awb laat die vraag onbeantwoord.³⁹ Zou een bredere uitleg van het bestuursorgaanbegrip niet zijn aangewezen als het gaat om de afbakening van de toepasselijke rechtsnormen? Wellicht kan het criterium van ‘overwegende overheidsinvloed’ als aanvullend criterium uitkomst bieden.

Semipublieke instellingen die onder overwegende invloed staan van de overheid, bijvoorbeeld omdat de overheid de meerderheid van de aandelen houdt of de meerderheid van het bestuur kan benoemen of ontslaan, worden naar positief recht niet aangemerkt als bestuursorgaan. Het criterium van overwegende overheidsinvloed is namelijk niet bepalend voor de afbakening van het bestuursorgaanbegrip.⁴⁰ Als gevolg daarvan zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing op private rechtspersonen die onder overwegende overheidsinvloed staan, zoals een staatsbedrijf als netbeheerder TenneT BV. Dit wringt, omdat het de overheid zou kunnen aanmoedigen publiekrechtelijke normering te omzeilen door zich te hullen in een privaatrechtelijke organisatievorm. Het is dan ook geen toeval dat het criterium van overwegende overheidsinvloed wel een rol speelt in het EU-recht en het EVRM,⁴¹ maar ook in sommige buitenlandse rechtsstelsels, zoals Zuid-Afrika.⁴² Gelet hierop zou kunnen worden overwogen om het bestuursorgaanbegrip in artikel 1:1 lid 1 Awb uit te breiden met het criterium van overwegende overheidsinvloed. Dit criterium vormt dan een extra criterium naast het bestaande criterium van openbaar gezag.⁴³ Zodoende kunnen private instellingen waarbij sprake is van overwegende overheidsinvloed, anders dan nu het geval is, publiekrechtelijk

³⁹ N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 58-59, p. 356.

⁴⁰ ABRvS 3 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AA6767, AB 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer. Dit is alleen anders in ambtenaarrechtelijke verhoudingen. Wanneer sprake is van overwegende overheidsinvloed op het beheer van een privaatrechtelijke rechtspersoon en bij die rechtspersoon ambtenaren zijn aangesteld, is die rechtspersoon met openbaar gezag bekleed en dus een bestuursorgaan voor zover het gaat om handelingen jegens die ambtenaren. In CBB 31 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:Bl0337, AB 2009/257, m.nt. N. Jak & E. Steyger (*Friesch Paarden-Stamboek*) lijkt het College het criterium van overwegende overheidsinvloed ook buiten het ambtenarenrecht toe te passen bij de afbakening van het bestuursorgaanbegrip.

⁴¹ Jak 2014, p. 231 e.v.; N. Jak, ‘Semipublieke instellingen als normadressaat en drager van de grondrechten uit het EU-Grondrechtenhandvest’, *TvCR* 2017, afl. 4, p. 291-296 resp. N. Jak, ‘Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen. De verticale werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de grondrechten en het EVRM’, *JBplus* 2012/2, p. 242-247.

⁴² Niels Jak & Frank van Ommeren, ‘Semi-Public Entities and the Public/Private-Law Divide in South African and Dutch Law’, *The South African Law Journal* (133) 2016, p. 102-132.

⁴³ Jak 2014, p. 385-389.

genormeerd worden. De betekenis van het bestuursorgaanbegrip kan op deze manier nog aan kracht winnen.

3.2 *Verdergaande verticalisering?*

Het uitbreiden van het overheidsbegrip om zodoende semipublieke instellingen onder de reikwijdte van publiekrechtelijke normen te brengen, is een methode die kan worden aangeduid als *verticalisering*.⁴⁴ Het is de vraag of verdergaande verticalisering een vruchtbare route is. Zij kan voor een deel zeker uitkomst bieden, zoals de in de vorige paragraaf bepleite uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het criterium overwegende overheidsinvloed laat zien, maar de benadering is binair en laat weinig ruimte voor maatwerk. Bovendien zullen er genoeg gevallen denkbaar zijn waarbij een semipublieke instelling redelijkerwijs niet meer tot de overheid kan worden gerekend terwijl wel een zekere mate van publiekrechtelijke normering aangewezen is.

In de literatuur wordt wel verdedigd dat voor de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen niet zozeer gekeken moet worden naar de status van de handelende instelling (behoort zij al dan niet tot de overheid) maar naar de aard en strekking van de handelingen, waarbij bepalend is of die handelingen worden verricht met het oog op de behartiging van een *publieke taak*.⁴⁵ Het publieke-taakcriterium is evenwel een vaag en daardoor weinig onderscheidend criterium en om die reden mijns inziens minder geschikt om het toepassingsbereik van publiekrechtelijke normen af te bakenen.

Mogelijk kan het criterium van de publieke taak wel anderszins van dienst zijn. Het kan zo zijn dat de burgerlijke rechter de open normen van het Burgerlijk Wetboek (BW) zo invult dat die normen vergelijkbaar zijn met bepaalde publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de rechter niet expliciet aan die publiekrechtelijke normen refereert. In dat geval is sprake van congruentie tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen. Privaatrechtelijke rechtsvinding leidt aldus tot bescherming van waarden die ook in publiekrechtelijke normen tot uitdrukking komen.⁴⁶ De mate van inkleuring van de open normen van het BW kan worden beschouwd als een glijdende schaal, waarbij gedifferentieerd kan worden naar de mate waarin een publieke taak wordt verricht of sprake is van een machtspositie. Op die manier krijgt de normering een minder binair karakter waarbij

⁴⁴ Vgl. J.H. Gerards, *Grondrechten onder spanning. Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2017, p. 14.

⁴⁵ F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk. De betekenis van het publieke taakcriterium', *NTB* 2014/30, p. 250-252. Vgl. S. Lierman, *Besturen zonder grenzen. Over grijze zones en blinde vlekken*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2015, p. 39-45.

⁴⁶ Zie Jak 2014, p. 94-97, p. 204-207.

beter recht kan worden gedaan aan het individuele geval en dus meer maatwerk mogelijk is.⁴⁷

De behartiging van een publieke taak rechtvaardigt voorts *regulering* door de overheid om zodoende publiekrechtelijke normering te realiseren.⁴⁸ De overheid kan in een concreet geval publiekrechtelijke normering opleggen door middel van het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht, bijvoorbeeld door gebruikmaking van aandeelhouders- of bestuursbevoegdheden, vastlegging in de statuten, of een overeenkomst met de betrokken semipublieke instelling.⁴⁹ Daarbij kan evenwel de kanttekening worden geplaatst dat het niet mogelijk is om zonder wettelijke grondslag op deze wijzen hetzelfde beschermingsniveau van publiekrechtelijke normen te bewerkstelligen als bij bestuursorganen geldt. Zo kunnen burgers bijvoorbeeld geen beroep doen op normen neergelegd in de statuten, omdat de statuten geen externe werking hebben.⁵⁰ Voor een verdergaande publiekrechtelijke normering is derhalve ingrijpen van de wetgever nodig.

De wetgever kan ervoor kiezen publiekrechtelijke normering te bewerkstelligen via algemene wetgeving, waarin de wetgever een algemeen stelsel ontwerpt waarmee publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen wordt verzekerd. Zo wordt in de literatuur wel een ‘Awb voor maatschappelijke organisaties’ bepleit.⁵¹ Het probleem van een dergelijke algemene wettelijke regeling, die geldt voor alle semipublieke instellingen, is dat zij voor sommige instellingen te ver gaat en derhalve disproportioneel is, en voor andere niet ver genoeg gaat. Dit bezwaar dringt zich ook op wanneer semipublieke instellingen door de (sectorspecifieke) wetgever als *bestuursorgaan* zouden worden aangemerkt. Dit brengt namelijk een algemene toepasselijkheid van bestuursrechtelijke normen met zich waarvan men zich kan afvragen of dat wel zonder meer gepast is.⁵² Daarom ben ik van mening dat regulering bij voorkeur plaatsvindt in de bijzondere wet, waarbij een gedifferentieerde benadering is aangewezen die inhoudt dat de normering wordt toegesneden op de betrokken semipublieke instelling (of de sector waarin zij zich bevindt), de aard van de

⁴⁷ N. Jak, ‘Semipublieke instellingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: een verkenning’, *NTB* 2016/8, p. 58-60 en in dezelfde zin Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 150-152.

⁴⁸ Jak 2014, p. 393, p. 396-397. Zie ook S.E. Zijlstra, ‘De grenzen van de overheid’, in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 60, p. 89; M.A. Heldeweg, ‘Een klare lijn: hybriditeit de anomalie voorbij?’, *Bestuurswetenschappen* 2010, afl. 6, p. 64, p. 68.

⁴⁹ Jak 2014, p. 396-397; Zijlstra 2008, p. 58-60, p. 81-82, p. 89; Heldeweg 2010, p. 69.

⁵⁰ Zijlstra 2008, p. 55, p. 59.

⁵¹ C. Raat, *Mensen met macht. Rechtsstatelijkheid als organisatie-deugd voor maatschappelijke organisaties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 291.

⁵² Zie ook M.W. Scheltema, ‘Bestuursrecht van de toekomst en ‘ontstatelijking’: nieuwe perspectieven?’, *NTB* 2014/29, p. 247.

rechtsverhouding en niet verder gaat dan noodzakelijk is.⁵³ Dat neemt niet weg dat het wenselijk kan zijn om voor bepaalde typen semipublieke instellingen te voorzien in een zekere mate van uniformering wanneer de bijzondere regels onnodig versnipperd zijn. Zo pleit Van Ommeren voor een algemene wettelijke regeling voor toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen, waarvan de mate van toepasselijkheid wordt overgelaten aan de bijzondere wetgever.⁵⁴

4. De toekomst van de Awb: absorberen en differentiëren

In deze bijdrage is ingegaan op de betekenis die het bestuursorgaanbegrip in de Awb in de toekomst nog heeft als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming jegens en normering van semipublieke instellingen. Duidelijk is geworden dat het bestuursorgaanbegrip op een enkel punt weliswaar nog aan kracht kan winnen – te denken valt aan het criterium van ‘overwegende overheidsinvloed’ – maar dat de betekenis van het bestuursorgaanbegrip als rechtsstatelijk antwoord op ontstatelijking naar alle waarschijnlijkheid zal afnemen.

De vraag is wat dit in meer algemene zin betekent voor de toekomst van de Awb, waarbij de borging van rechtsstatelijke waarden meer op de voorgrond is komen te staan. Wat betreft de toegang tot de bestuursrechter ziet het er naar uit dat de betekenis van de Awb zal toenemen. Daarbij zij verwezen naar de besproken ontwikkelingen in het sociaal domein waarbij de rechtsmacht van de bestuursrechter mogelijk wordt uitgebreid tot entiteiten die traditioneel buiten zijn competentie vallen.

Een andere benadering is evenwel te zien bij de normering van semipublieke instellingen. Schueler constateerde in de bundel over 15 jaar Awb al dat de verdergaande ontwikkeling van het algemene bestuursrecht door middel van de Awb gepaard gaat met de roep om differentiatie, bijvoorbeeld voor wat betreft het bijzonder onderwijs dat is ondergebracht in een privaatrechtelijke rechtspersoon.⁵⁵ In deze bijdrage is uiteengezet dat een gedifferentieerde aanpak door de bijzondere (sector)wetgever in beginsel is aangewezen voor de normering van semipublieke instellingen. De betekenis van de Awb verschuift daarmee naar de achtergrond ten faveure van een toenemende verscheidenheid in het bestuursrecht.

⁵³ Jak 2014, p. 397. Zie ook Zijlstra 2008, p. 89-91.

⁵⁴ F.J. van Ommeren, ‘Toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen. Een andere visie op de maatschappelijke onderneming’, *NTB* 2018/48.

⁵⁵ B.J. Schueler, ‘De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 189-191 onder verwijzing naar B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht’, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 181-183.