

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/316189891>

Het coöperatieve bestuursorgaan

Article · December 2016

CITATIONS

0

READS

31

2 authors, including:



[Willemien den Ouden](#)

Leiden University

157 PUBLICATIONS 10 CITATIONS

SEE PROFILE

Het coöperatieve bestuursorgaan

NTB 2016/52

1. Inleiding

Bij het thema 'privatisering en liberalisering' denkt men al snel aan de grote hervormingen in de publieke en semi-publieke sector die in de jaren 80 van de vorige eeuw werden ingezet. De (uitvoering van de) publieke taak werd meer bedrijfsmatig benaderd en veel overheidsbedrijven werden verzelfstandigd. Publiek-Private Samenwerking (PPS) was een toverwoord en New Public Management was de managementfilosofie die daarbij als toverstaf werd gehanteerd.

Maar volgens de bestuurskundigen is New Public Management inmiddels een gedateerde theorie.² De overheid is geen op winst gericht bedrijf en een eenzijdig bedrijfsmatig denken kan afbreuk doen aan belangrijke publieke waarden als democratische controle en publieke verantwoording, gelijkheid en rechtvaardigheid, zo hebben zij geconstateerd. De in het vooruitzicht gestelde efficiency- en kwaliteitswinsten bleven vaak uit en de met de privatisering gepaard gaande schaalvergroting zorgde ervoor dat het bestuur (nog meer) op afstand kwam te staan van de burger, zo werd in verschillende rapporten geconcludeerd.³ Geen wonder dus dat veel overheidsbedrijven en semi-publieke instellingen tegenwoordig weer dichterbij naar de 'klassieke' overheid worden toegehaald. De recente discussies rond de gewenste organisatievorm voor ProRail vormt een mooie illustratie bij de conclusie dat die vorm van privatisering van publieke taken veel aan populariteit heeft verloren.

Dat betekent niet dat er tegenwoordig geen sprake meer is van privatisering van overheidstaken. Integendeel zou ik zelfs willen stellen. Het bestuur lijkt meer dan ooit op zoek naar samenwerking met private partijen. Maar het perspectief is verschoven. Niet het bedrijfsmatig perspectief, gericht op de voordelen van marktwerking, is leidend, maar de gedachte dat de samenleving de ruimte moet krijgen bij

de uitvoering van publieke taken.⁴ Burgers, organisaties en bedrijven die daarvoor samen verantwoordelijkheid willen en kunnen nemen moeten door de overheid worden gefaciliteerd. Daar komt het coöperatieve bestuursorgaan in beeld, waarover deze bijdrage gaat.

Ik zal hierna eerst een korte schets geven van de ideeën achter deze moderne vorm van privatisering, door mij voor het gemak privatiseren 2.0 genoemd. Daarna komt de vraag aan bod welke rol het publiekrecht en de bestuursrechter spelen bij de uitvoering van publieke taken (mede) door genoemde particuliere partijen. Bij het antwoord op die vraag speelt het b-bestuursorgaan begrip een belangrijke rol, zo is in de afgelopen tijd gebleken. Ik wil betogen dat de recente jurisprudentie over artikel 1:1, eerste lid, sub b, Awb heeft bijgedragen aan een duidelijkere afgrenzing van het bestuursorgaanbegrip en in die zin aan meer rechtszekerheid, maar dat daarvoor ook een prijs wordt betaald. Het b-bestuursorgaanbegrip biedt nu namelijk stevige handvatten om aan de rechtsmacht van de bestuursrechter en, belangrijker nog, publiekrechtelijke normering te ontsnappen.

2. De participerende samenleving en het coöperatieve bestuursorgaan

Privatiseren 2.0 betreft een brede trend. Bij overheden op alle niveaus blijkt een sterke wens te leven om in te spelen op een veranderende samenleving waarin bedrijven, maatschappelijke organisaties en (groepen van) burgers mede verantwoordelijkheid willen dragen voor publieke taken. Overheden streven meer dan voorheen naar samenwerking met deze partners om maatschappelijke vraagstukken op te pakken. Het werken met deze partners is aantrekkelijk, bijvoorbeeld vanwege 'hun' specifieke expertise of ervaring, hun kapitaalcracht, hun flexibiliteit en capaciteit (vrijwilligers), hun netwerk of hun draagvlak in de samenleving. Bij die samenwerking wil de overheid minder leidend zijn dan in het verleden vaak het geval was: top down aansturing en eenzijdige besluitvorming zijn achterhaalde bestuurlijke concepten. In plaats daarvan worden particulieren die (mede)verantwoordelijkheid willen dragen in de beleidsvorming en uitvoering daarvan, gefaciliteerd en (mede) gefinancierd.

Op de website van de rijksoverheid over burgerparticipatie⁵ staan talloze voorbeelden. Dat is een aanrader voor diege-

1 Prof. mr. drs. Willemien den Ouden is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Dit artikel is een bewerking van de gelijknamige (mondelinge) bijdrage aan het afscheidssymposium van prof. Maria Vlasblom op 28 oktober 2016.

2 Een inmiddels klassiek artikel hierover is van de hand van Patrick Dunleavy, Helen Margetts, Simon Bastow en Jane Tinkler, 'New Public Management Is Dead—Long Live Digital-Era Governance', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2005, doi:10.1093/jopart/mui057.

3 Zie bijvoorbeeld het rapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Vezelfstandiging Overheidsdiensten (POC) onder de titel 'Verbinding verbroken', Den Haag 30 oktober 2012 (waarin veel literatuurverwijzingen zijn opgenomen) en van de WRR: 'Publieke zaken in de marktsamenleving', Briefadvies van de Algemene Rekenkamer inzake Aandachtspunten bij de organisatie van op afstand geplaatste publieke taken van 17 september 2015.

4 Zie bijvoorbeeld 'Loslaten in vertrouwen. Beschouwingen van adviesraden over een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving.' Den Haag: Raad voor het openbaar bestuur 2012, 'De Doe-democratie. Kabinetsnota ter stimulering van een vitale samenleving.' Den Haag: Ministerie van BZK 2013, 'Van eerste overheid naar eerst de burger. Over maatschappelijke initiatieven die de lokale overheid uitdagen.' Jaarbericht VNC 2013 en een themanummer over dit onderwerp in *Bestuurskunde* 2015 (24) 2 doi: 10.5553/Bk/092733872015024002001. Deze trend beperkt zich overigens niet tot Nederland. Zie daarover Ingo Bode en Taco Brandsen, 'State-third Sector Partnerships, A short overview of key issues in the debate', *Public Management Review* 2014, Vol. 16, No. 8, 1055–1066, <http://dx.doi.org/10.1080/14719037.2014.957344>.

5 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/burgerschap/inhoud/burgerparticipatie

nen die bij begrippen als de 'participatiesamenleving' en 'burgerparticipatie' een automatische associatie hebben met het sociale domein en bij de 'doe-democratie' vooral denken aan lokale, kleinschalige buurtactiviteiten. Op de bedoelde website wordt zichtbaar dat participatie vanuit de samenleving veel breder wordt nagestreefd. Van energie- en innovatiebeleid tot aanpak van werkloosheid en het stimuleren van culturele uitingen; op vrijwel ieder beleidsterrein wordt geëxperimenteerd met het uitvoeren van publieke taken in netwerken waarin de overheid slechts één van de radertjes in het netwerk vormt.

Deze trend lijkt mij nog niet op een hoogtepunt, daarvoor is het enthousiasme onder burgers en bestuurders en de verwachtingen over de voordelen van de nieuwe aanpak te groot. Zo werd onlangs nog door de PvdA en de Christen-Unie een initiatiefnota aan de Kamer gepresenteerd onder de titel 'De herovering van de publieke samenleving, naar coöperatief overheidsbestuur'.⁶ De notitie geeft in sprekende bewoordingen een beeld van de zoektocht van politici naar een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling op het grensvlak van samenleving, overheid en markt; een hernieuwde samenwerking tussen overheid en burgers. Om die te kunnen bereiken zou de overheid zich volgens de auteurs anders moeten opstellen dan nu gebruikelijk is. Zij dient zich coöperatief op te stellen. De nieuwe initiatieven die worden ontwikkeld met de private partners 'vragen van de overheid niet om een leidende rol, maar een begeleidende rol. Niet een sturende verantwoordelijkheid, maar een dienende verantwoordelijkheid. Niet een stap vooruit, maar een stap opzij', aldus het rapport. Concreet betekent dat bijvoorbeeld dat het 'right to challenge' dat wij al kennen uit de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO), veel breder in wetgeving zou moeten worden opgenomen. Het betreft een uitdaagrecht waarmee particulieren de overheid kunnen uitdagen een publieke taak met bijbehorende budgetten aan hen over te dragen.

Deze nieuwe rol voor de overheid roept de vraag op wat de gevolgen zullen zijn voor het bestuursrecht en de bestuursrechter. Het huidige publiekrecht en bestuursprocesrecht zijn immers niet geschreven voor een situatie waarin de uitvoering van de publieke taak plaatsvindt door particulieren die zich daarvoor melden en een overheid die daarbij 'faciliteert'. Welke vraagstukken en problemen vallen er te verwachten?

Er zijn vele gevolgen denkbaar, die in het bestek van deze bijdrage niet allemaal aan bod kunnen komen. De bijdragen van Van Ettekoven en Scheltema⁷ geven al een sprekend voorbeeld van de juridische uitdagingen waarvoor de be-

stuursrechter kan worden geplaatst als het uitvoeren van de publieke taak wordt overgelaten aan particuliere zorgaanbieders.⁸ Als het bestuur 'globale beschikkingen' geeft waarin slechts is opgenomen dat er 'een' recht bestaat op een schoon huis en de invulling daarvan wordt overgelaten aan de zorgaanbieder, wordt het lastig om effectieve rechtsbescherming te bieden, zo laten zij overtuigend zien. Bij het vormgeven van de nieuwe bestuurlijke verhoudingen tussen rijk, gemeenten en burger en het aansturen op innovatieve vormen van publiek-private samenwerking, heeft de WMO-wetgever onvoldoende aandacht gehad voor adequate rechtsbescherming van burgers die met die nieuwe PPS worden geconfronteerd. Daarom moet de bestuursrechter het besluitbegrip oprekken, door allerlei private afspraken, zoals ondersteuningsplannen en uitvoeringsovereenkomsten van na het besluit, binnen de toetsing van het besluit te trekken, aldus Van Ettekoven en Scheltema.

Ook rond het bestuursorgaanbegrip zal de bestuursrechter als gevolg van de privatisering 2.0 (verder) worden uitgedaagd. Wie de betreffende nota's en rapporten leest valt namelijk al vrij snel op dat de dienende overheid ook *financiële* ruimte moet bieden aan de particulieren die zich gaan bezighouden met de uitvoering van de publieke taak. Dat betekent dat er publieke gelden verschuiven van publiekrechtelijke rechtspersonen naar burgers en – veel vaker nog – naar privaatrechtelijke rechtspersonen.⁹ Opvallend is dat deze ontvangers de publieke gelden lang niet altijd gebruiken om hun eigen activiteiten in het publieke domein mee te bekostigen. Heel vaak gebruiken zij deze publieke gelden om maatschappelijke initiatieven van *andere* burgers, organisaties, bedrijven en samenwerkingsverbanden te financieren. Zo wordt de expertise van (ervarings)deskundigen gebruikt om publieke gelden effectief in te zetten: innovatieve projecten kunnen bijvoorbeeld beter worden beoordeeld door ondernemers en financiers dan door ambtenaren en voorstellen voor wijkactiviteiten beter door wijkbewoners, zo is de gedachte. Deze 'deskundigen' worden naast partner van de overheid ook een doorgeefluik voor publieke middelen. Op dat laatste terrein speelt het zogenaamde b-bestuursorgaanbegrip van oudsher een belangrijke rol.

3. De publieke financiering van maatschappelijke projecten en het bestuursorgaanbegrip

Al sinds lang maakt de overheid gebruik van privaatrechtelijke vehikels voor geldverstrekking. In beginsel zijn deze privaatrechtelijke rechtspersonen slechts aan te merken als bestuursorgaan als aan hen bij wettelijk voorschrift een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verstrekken van financiële bijdragen is toegekend. Een bekend (en de laatste

6 Initiatiefnota ingediend op 23 augustus 2016 door de leden Samsom (PvdA) en Segers (CU), *Kamerstukken II* 2016/17, 34581, 1. Ook het Juridisch leaflet *Maatschappelijk Aanbesteden dat in augustus van dit jaar verscheen geeft een goed, recent voorbeeld* (www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2015/08/03/juridisch-leaflet-maatschappelijk-aanbesteden), evenals de website van Movisie (het landelijk kennisinstituut en adviesbureau voor het sociaal domein): www.movisie.nl

7 B.J. van Ettekoven, 'Herrie rond de keukentafel. Over de Wmo 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming' *NTB* 2016/50 en M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?' *NTB* 2016/49.

8 Zie daarover ook A.T. Marseille, *Bestuurlijke organisatie en geschilbeslechting in het sociaal domein*, oratie RUG 2015.

9 Zie daarover de Raad voor de financiële verhoudingen (RfV), *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, Den Haag: RfV 2014: www.rob-rfv.nl/documenten/tussen_betalen_en_bepalen_webversie.pdf. en J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000.

tijd veel bediscussieerd) voorbeeld daarvan is de Stichting Nederlands Fonds voor de Podiumkunsten die in de Wet op het specifiek cultuurbeleid is belast met subsidieverstrekking voor kort gezegd de instandhouding en ontwikkelen van podiumkunsten. Maar wanneer die taak niet in een wettelijk voorschrift is vastgelegd geldt al sinds lang dat de publiekrechtelijke aard van geldelijke verstrekkingen in dergelijke gevallen ook kan volgen uit het feit dat zij (hoofdzakelijk) worden bekostigd uit belastinggeld. Dat is immers een belangrijke aanwijzing dat het gaat om de uitvoering van een overheidstaak, al is deze dan uitbesteed. Beslissingen over deze verstrekkingen worden om die reden door de bestuursrechter gekwalificeerd als beschikkingen waartegen (laagdrempelige) bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, althans voor zover er een voldoende financieel en inhoudelijk verband is tussen de overheid en de financiële verstrekkingen.¹⁰ Zo worden geldverstrekken- de privaatrechtelijke rechtspersonen tot b-bestuursorgaan gemaakt en wordt hun handelen – althans voor zover het om de verstrekking van publieke middelen gaat – toetsbaar door de bestuursrechter.

Deze jurisprudentie heeft principiële kritiek gekregen en bovendien geleid tot veel discussie over de vraag wanneer er nu precies sprake is van een voldoende financieel en inhoudelijk verband en dus van een bestuursorgaan dat besluiten neemt. Met de bekende '17-september-uitspraken' van 2014 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak (in een grote kamer) het b-bestuursorgaanbegrip aangescherpt.¹¹ Kort gezegd komt het erop neer dat privaatrechtelijke rechtspersonen die publieke gelden verstrekken aan derden zonder wettelijke grondslag optreden als een bestuursorgaan wanneer aan twee (cumulatieve) vereisten is voldaan. Ten eerste moeten deze verstrekkingen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, worden gefinancierd door a-bestuursorganen. Dit is het zogenaamde financiële vereiste. Ten tweede geldt, net als voorheen, een inhoudelijk vereiste dat als volgt is verwoord: de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen moeten 'in beslissende mate' worden bepaald door één of meer a-bestuursorganen. 'Het gaat om de werkelijke macht over de toewijzing van die publieke middelen en dus om de vaststelling van de toedelingsmaatstaven', aldus Maria Vlasblom in haar afscheidsrede die ook in dit blad staat afgedrukt.¹² Met deze twee praktische handvatten moet het voor de rechtspraktijk eenvoudiger zijn om vast te stellen welke privaatrechtelijke rechtspersonen die publieke gelden alloceren daarbij optreden als bestuursorgaan.

Dit vernieuwde b-bestuursorgaanbegrip zal een belangrijke rol gaan spelen bij de rechterlijke toetsing van handelingen van maatschappelijke partners van de overheid binnen de privatisering 2.0 ontwikkeling. Dat valt te illustreren aan de hand van de Stichting Impuls uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 mei 2015.¹³ In die casus had de deelraad van het Stadsdeel Nieuw-West van de Gemeente Amsterdam besloten om de subsidiëring van wijkwerk uit handen te geven; beleid en uitvoering zouden voortaan worden overgelaten aan participerende buurtbewoners. Die konden veel beter zelf bepalen hoe de beschikbare middelen voor activiteiten in hun wijk zouden worden verdeeld. Om dat te organiseren werd in iedere wijk 'een regiegroep' opgericht, bestaande uit minimaal acht bewoners van de wijk, die voortaan op aanvraag 'budgetten' aan vrijwilligers zou verstrekken, daarbij begeleid door de medewerkers van het buurthuis in de wijk. Die budgetten werden gefinancierd uit projectsubsidies van het dagelijks bestuur van het Stadsdeel aan de buurthuizen. Zo kreeg ook de Stichting Impuls, de exploitant van een Amsterdams buurthuis, een subsidie. Van het verleningsbesluit 'maakte deel uit' het Kader bewonersinitiatieven 2013. In dat kader was bepaald op welke wijze de regeling voor bewonersinitiatieven door de exploitanten van de buurthuizen diende te worden uitgevoerd en hoe verantwoording aan het Stadsdeel moest worden afgelegd. Verder bleek daaruit dat de financiering van bewonersinitiatieven 'het vergroten van de betrokkenheid van bewoners en het stimuleren van bewoners om bij te dragen aan leefbaarheid, sociale cohesie en een duurzame verbetering van de buurt' tot doel moest hebben. Er werd een getrappt systeem voor de behandeling van aanvragen voor 'budget' ingericht. Aanvragen voor bewonersinitiatieven tot € 500 werden behandeld door medewerkers van de buurthuizen en voorzitters van de regiegroepen. De regiegroepen beslisten over aanvragen om een budget vanaf € 500 tot € 5.000, en bewonersvergaderingen, waaraan elke bewoner van de wijk kan deelnemen, op aanvragen om een budget van meer dan € 5.000.

Zo leek aan alles gedacht ... behalve aan de niet coöperatieve, klagende burger. Zulke burgers zijn er altijd. Een aanvrager van budget voor onder andere het verzorgen van taal- en computerles, activiteiten waarvoor hij voorheen subsidie ontving van het Stadsdeel, ziet zijn aanvraag voor 2013 slechts gedeeltelijk gehonoreerd door een regiegroep. Zijn uurtarieven zouden te hoog zijn. Hij maakt bezwaar en stelt vervolgens beroep in bij de rechtbank. Hij meent daar aan het goede adres te zijn omdat Stichting Impuls dan wel de regiegroep als bestuursorgaan moet worden aangemerkt. Zij besteden immers publiek geld aan een publieke taak c.q. houden toezicht op de uitvoering daarvan, aldus de aanvrager. De regiegroep, Stichting Impuls én het Stadsdeel Nieuw-West haasten zich echter om te betogen dat bij het verdelen van budgetten geen bestuursorgaan is betrokken. De regiegroep zegt daarbij ronduit niet te kunnen voldoen

10 Zie ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850, AB 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra, JB 1995/337, m.nt. F.A.M. Stroink, AB klassiek 2009/26, m.nt. M. Overkleeft-Verburg, voor de klassieke Stichting Silicose Oudmijnwerkers-uitspraak.

11 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, JB 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans, JG 2014/63, m.nt. A.A. al Khatib en T. Barkhuysen, AB klassiek 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters. Zie daarover bijv. N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie Verduidelijkt', JBplus 2015, p. 75 e.v. en J.A.F. Peters, 'De publieke-taakjurisprudentie geijkt', NTB 2015 p. 172 e.v.

12 M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', NTB 2016.

13 ABRvS 15 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden. Wat hierna is geschreven over deze casus is gebaseerd op de hiervoor genoemde annotatie.

aan de eisen die aan (de besluitvorming door) een bestuursorgaan worden gesteld: daarvoor hebben de desbetreffende acht wijkbewoners niet voldoende kennis en professionaliteit in huis. De Stichting Impuls stelt geen bestuursorgaan te zijn omdat zij niet de inhoudelijke beslissing neemt op aanvragen van bewoners; zij ondersteunt enkel de regiegroep. Het Stadsdeel tenslotte heeft op de zitting bij de Rechtbank Amsterdam toegelicht 'dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is om de Awb van toepassing te laten zijn', dat zou maar juridiserend werken.

Ik vrees dat dit geen uitzonderlijk voorbeeld is. Wie even zoekt via Google komt al snel veel gelijksoortige gevallen tegen. Bijvoorbeeld de zogenaamde GoudApot, waaruit budgetten worden verstrekt aan Goudse initiatiefnemers. Dat geld is afkomstig van de gemeente Gouda die in 2016 € 240.000 in de pot stortte,¹⁴ in de vorm van een subsidie aan de Stichting GoudApot. De stichting werkt zelfstandig; in nieuwsberichten wordt trots vermeld dat er geen ambtenaar meer aan te pas komt.¹⁵ Volgens de op de website van de Stichting gepubliceerde spelregels is de beoordeling van een budgetaanvraag definitief, 'hier kan niet over worden gecorrespondeerd'.

De kans dat er in ieder geval niet (zinvol) met de bestuursrechter kan worden gecorrespondeerd over dit soort budgetten is best groot, zo leren wij van de Impulszaak. Hoewel de Rechtbank Amsterdam in eerste aanleg oordeelde dat de 'budgetverlening' in de kern subsidieverlening inhield en dat een afgewezen aanvrager dus terecht kon bij de bestuursrechter,¹⁶ oordeelde de ABRvS anders. Met toepassing van de vernieuwde jurisprudentielijn oordeelde zij dat niet aan het inhoudelijke vereiste was voldaan. Weliswaar was er sprake van een door het subsidiërend bestuursorgaan opgesteld kader waarbinnen de budgetten moesten worden verdeeld, maar binnen dat kader konden regiegroepen eigen (nadere criteria) vaststellen. Zo wordt (opnieuw¹⁷) duidelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak op basis van de nieuwe jurisprudentielijn niet snel aanneemt dat aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. Zolang de precieze invulling van de inhoudelijke criteria aan de hand waarvan eindontvangers worden geselecteerd afkomstig is van een privaatrechtelijke (rechts)persoon is aan dat vereiste niet voldaan, zo lijkt de gedachte. En als aan één van de criteria niet is voldaan is geen sprake van een bestuursorgaan en dus ook niet van een appellabel besluit. De burger die volgens zijn buurtgenoten een te hoog uurtarief vroeg kon met klachten daarover dus niet bij de bestuursrechter terecht.

14 www.gouda.nl/Bestuur_en_organisatie/Publicaties_en_besluiten/Nieuwsberichten/GoudApot_goed_nieuws_voor_Goudse_initiatieven.

15 www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/inwoners-gouda-verdelen-zelf-subsidiepot.9514565.lynkx.

16 Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570, AB 2015/124, m.nt. W. den Ouden.

17 Dat was al eerder gebleken in de zogenaamde *Platform 31* zaak (ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. H. Peters, JB 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans).

4. Consequenties van het aangescherpte b-bestuursorgaanbegrip

Laat ik voorop stellen dat er best iets valt te zeggen voor de aanscherping van het b-bestuursorgaanbegrip. Het vernieuwde b-bestuursorgaanbegrip doet recht aan het legaliteitsbeginsel. Publiekrechtelijke bevoegdheden dienen volgens velen bij de wet te worden toegekend en niet om strategische redenen door de rechter te worden 'ontdekt'. Bovendien vermindert de rechtsonzekerheid door het hanteren van de redelijk heldere, afbakenende criteria. Deze jurisprudentie biedt rust, aldus Maria Schreuder-Vlasblom in de indrukwekkende nieuwe druk van haar meesterwerk *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*.¹⁸

Maar er is ook een keerzijde van de medaille. Door de uitzondering op de eis van een wettelijke grondslag heel duidelijk af te bakenen met criteria die vrij restrictief worden geïnterpreteerd, biedt deze jurisprudentielijn een duidelijke routekaart aan bestuurders die weg willen blijven bij de rechtsbescherming die de bestuursrechter biedt. Het is niet moeilijk om private partners bij het uitdelen van publieke middelen enige ruimte te bieden om eigen (aanvullende) verdeelcriteria vast te stellen. Dan is bij de huidige stand van de jurisprudentie in beginsel niet aan het inhoudelijke vereiste voldaan. Mochten bestuurders toch een stevigere vinger in de financiële pap willen houden en bijvoorbeeld zelf een bestedings- of investeringsreglement willen kunnen vaststellen, dan kan er ook vrij gemakkelijk voor worden gezorgd dat niet aan het financiële vereiste is voldaan. Immers als de publieke middelen niet rechtstreeks vanuit de rechtspersoon waarvan het a-bestuursorgaan deel uitmaakt in een pot of een fonds worden gestort, maar de geldstroom via een aan de overheid gelieerde privaatrechtelijke rechtspersoon loopt, is niet aan het financiële vereiste voldaan, zo werd duidelijk in de zaak Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio.¹⁹ Deze stichting die uitkeringen voor schrijnende gevallen van hinder van vliegverkeer rondom de luchthaven Schiphol verstrekt, kwalificeerde tegen de eigen verwachting in, niet als bestuursorgaan. De gelden kwamen namelijk voor een groot deel binnen via de N.V. Luchthaven Schiphol (voor meer dan 90% in handen van de Nederlandse overheid) en dat is geen a-bestuursorgaan. Nu zou men kunnen stellen dat dat helemaal niet zo'n probleem is. Als de desbetreffende privaatrechtelijke verbanden bij het alloceren van publiek geld niet kwalificeren als bestuursorgaan kan over hun handelen immers worden geklaagd bij de civiele rechter.

Ik ben om verschillende redenen van die stelling niet gecharmeerd. Ten eerste heeft het iets vreemds dat beslissingen over gelijksoortige activiteiten die met publiek geld worden gefinancierd de ene keer onder de rechtsmacht van de bestuursrechter vallen en de andere keer onder de

18 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2016, p. 223.

19 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. H. Peters, JB 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans, JM 2014/147 m.nt. N.G. Hoogstra en H.D. Tolsma, JG 2014/63, m.nt. A.A. al Khatib en T. Barkhuysen (Stichting kwaliteit leefomgeving Schipholregio).

rechtsmacht van de (toch veelal minder toegankelijk geachte) civiele rechter, al naargelang de constructie die het bestuur heeft gekozen.²⁰ Waarom gelden er heel andere regels als (eind)criteria voor de besteding van publieke middelen niet komen van de (gemeente)raad, maar van de 'straat'? Zo worden in Amsterdam ook nog steeds wijkactiviteiten gesubsidieerd door het dagelijks bestuur van het Stadsdeel Nieuw-West van de Gemeente Amsterdam, namelijk wanneer deze wijkoverstijgend zijn. Inhoudelijk verschil tussen (door het bestuur) gesubsidieerde en (door de regiegroepen) gebudgetteerde activiteiten is er niet, de doelstellingen van de financiële verstrekkingen zijn gelijk en in beide gevallen gaat het om 100% publieke middelen. Maar het verschil in rechtsgang voor afgewezen aanvragers is groot.²¹ De kans op uiteenlopende rechtsoordelen lijkt mij ook groot.²²

Erger dan dat, is het feit dat daar waar de bestuursrechter privaatrechtelijke rechtspersonen die publiek geld verdelen niet aanmerkt als bestuursorgaan, niet alleen zijn rechtsmacht verdwijnt (en overigens ook niet meer bij de Nationale ombudsman kan worden geklaagd), maar ook veel publiekrechtelijke normen niet langer (automatisch) van toepassing zijn. Maria Vlasblom meent dat wanneer afwegingen worden gemaakt en beslissingen worden genomen over de re-allocatie van publieke middelen sprake is van het uitoefenen van overheidsgezag. Zij stelt dat op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb en via de open normen en de schakelbepalingen van het privaatrecht publiekrechtelijke normen daarop van toepassing moeten zijn, ook als deze beslissingen de gestalte hebben van privaatrechtelijke rechtshandelingen en ongeacht welke rechter erover oordeelt.²³ Deze stelling onderschrijf ik graag, maar zij is (nog) geen realiteit. Immers, ook de civiele rechter gaat er vanuit dat het *bestuursorganen* zijn die via de schakelbepalingen zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij civielrechtelijke handelingen. Dat civielrechtelijke rechtspersonen voorzien in behoeften van algemeen belang en hoofdzakelijk zijn gefinancierd door publieke middelen maakt nog niet dat ook zij zich dienen te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zo oordeelde de

Hoge Raad in het bekende *RZG/Conformed*-arrest.²⁴ Over de vraag of de abbb als ongeschreven beginselen ook buiten de context van de Awb en de schakelbepalingen²⁵ toepasselijk kunnen zijn op het handelen van privaatrechtelijke rechtspersonen wordt gediscussieerd,²⁶ maar dat dit niet op grote schaal gebeurt, staat vast.

Voor andere belangrijke publiekrechtelijke normen geldt hetzelfde 'verdwijningsgevaar'. Ik wijs hier als voorbeeld op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Eenieder kan een *bestuursorgaan* verzoeken om informatie over bestuurlijke aangelegenheden. Voor civielrechtelijke tussenstations die publieke middelen alloceren geldt dat niet automatisch. Daarvoor is nodig dat zij zelf kwalificeren als een bestuursorgaan of als 'een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf' (artikel 3 Wob). Nu al is te zien in de jurisprudentie dat geldverstrekkende stichtingen via de nieuwe b-bestuursorgaan-jurisprudentie trachten te ontsnappen aan de kwalificatie als bestuursorgaan en daarmee aan de reikwijdte van de Wob.²⁷ Als zij daarin succes boeken zullen zij als privaatrechtelijke persoon onder de reikwijdte van die wet moeten worden gebracht en de trend is nu juist dat minder snel wordt aangenomen dat deze wet van toepassing is op privaatrechtelijke rechtspersonen.²⁸ Het enkele feit dat projecten van privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke middelen worden bekostigd, brengt in ieder geval geen verantwoordelijkheidsrelatie met zich mee en is dus niet voldoende om transparantie via de Wob te garanderen.

Zo dreigen grote sommen publiek geld²⁹ buiten de publiekrechtelijke kaders te verdwijnen.³⁰ En zo kan de keuze voor een meer formele invulling van het bestuursorgaanbegrip

20 Vgl. Scheltema 2016 a.w. in de paragraaf 'ongewenste competentieverdeling'.

21 Andere voorbeelden op dit vlak zijn gemakkelijk te geven: tegen financiële besluiten van het eerder genoemde Fonds podiumkunsten staat bezwaar en beroep open, tegen financiële besluiten van het (nieuwe) Fonds Cultuur+Financiering (waarschijnlijk) niet. Het door de minister van OCW gesubsidieerde Fonds Cultuur+Financiering is een stichting zonder winsttoegmerk opgericht in 2015 (www.fondscultuurfinanciering.nl). De directeur-bestuurder is volgens de informatie op de website zelfstandig bevoegd tot het verstrekken van leningen of garanties tot maximaal € 100.000. Bij het item veel gestelde vragen op de website staat ook de vraag "Kun je bezwaar aantekenen bij een afwijzing?" het antwoord op die vraag luidt: "Dat is niet mogelijk."

Tweede voorbeeld: tegenover de (privaatrechtelijk georganiseerde) innovatiefondsen van verschillende provincies (zie daarover noot 29) kan het vergelijkbare Innovatiefonds MKB+ worden gezet dat wordt uitgevoerd door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RvO). Dit fonds had voor de jaren 2012-2015 een volume van € 500 miljoen, waaruit onder meer het Innovatiekrediet werd gefinancierd. De verstrekking van dit krediet is geheel publiekrechtelijk gereguleerd, namelijk in de Regeling nationale EZ-subsidies.

22 Zie voor voorbeelden J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016, p. 2888-2897, par. 2.

23 Zie M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', *NTB* 2016/53.

24 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/Conformed*), *JB* 2003/121, m.nt. van J.A.F. Peters, *AB* 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, *NJ* 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

25 Artikel 3:1 lid 2 Awb en artikel 3:14 BW.

26 Zie daarover bijv. N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving*, Den Haag: EJU 2014, p. 94 e.v. en C. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 6.

27 Zie voor een voorbeeld van een geldverstrekkende stichting die tevergeefs tracht aan die kwalificatie te ontkomen om zo niet onder de Wob te vallen: *ABRvS* 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, *AB* 2016/299, m.nt. J.A.F. Peters.

28 *ABRvS* 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1494, *AB* 2016/254, m.nt. N. Jak. Zie ook N. Ja, 'Semipublieke instellingen en de Wet open overheid', *NJB* 2016, p. 2083-2090.

29 Zo maar 2 voorbeelden. (1) Het Topfonds Gelderland bevatte samen met haar dochtermaatschappijen (het Innovatie- en Energiefonds Gelderland en het MKB Kredietfaciliteit Gelderland) in 2015 € 158,3 miljoen euro, zie <https://gelderland.stateninformatie.nl/document/3472597/1>. Dit fonds bestaat geheel uit overheidsgeld, maar de allocatie daarvan vindt plaats vanuit een privaatrechtelijke rechtspersoon en de financieringen die deze rechtspersoon verstrekt worden privaatrechtelijk vormgegeven. Investeringsaanvragen worden beoordeeld door het Investment Committee Directe Investerings, bestaande uit zeven onafhankelijke leden. Tegen hun beslissingen staat geen bezwaar en beroep open. (2) Uit de kerncijfers van Fondsenbeheer Nederland (www.fondsenbeheer.nl/over-fondsenbeheer/kerncijfers) blijkt dat deze particuliere organisatie, die zich richt op 'het verzorgen van de organisatie en bedrijfsvoering van verschillende maatschappelijke fondsen', in 2015 een 'maatschappelijk vermogen' van ruim 3 miljard euro beheerde. Soms wordt dit vermogen weggezet in de samenleving via beschikkingen, vaak ook niet.

30 Zie voor een waarschuwing op dat vlak: Algemene Rekenkamer, *Inzicht in publiek geld. Uitnodiging tot bezinning op de publieke verantwoording*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2016, rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties/2016/07/Inzicht_in_publiek_geld.

van de Awb leiden tot meer rechtszekerheid maar tegelijkertijd minder transparantie, rechtvaardigheid en rechtsbescherming bij de allocatie van publieke middelen.³¹

5. Afsluiting

In de moderne samenleving vormt de overheid graag een radertje in een netwerk, een behulpzame partner, een coöperatief bestuursorgaan. In die ontwikkeling waarin een nieuwe verhouding tussen overheid en burger wordt nagestreefd is nog weinig aandacht besteed aan de juridische vormgeving en normering van de rechtsbetrekking die zo ontstaat tussen de overheid, haar private partners en de (andere) burgers. Hetzelfde geldt voor rechtsbeschermingsaspecten. Zolang wetgever en bestuur op dat vlak in gebreke blijven, komen lastige vragen op het bordje van de rechter terecht. In veel gevallen is dat de bestuursrechter, alleen al omdat er in de nieuwe vormen van PPS beslissingen worden genomen die voorheen de vorm hadden van appellabele beschikkingen van bestuursorganen. Bij het oplossen van die vraagstukken spelen het bestuursorgaan- en besluitbegrip van de Awb een belangrijke rol. Ik sluit niet uit dat de privatisering 2.0 de waardering voor het strategisch interpreteren van die sleutelbegrippen zal doen opleven, in ieder geval daar waar de civiele rechter aan appellerende burgers geen effectieve rechtsbescherming biedt (of kan bieden). De rechtsonzekerheid die daarmee gepaard gaat heeft niet alleen nadelen, het houdt partijen ook scherp. Bovendien geeft een strategisch(er) bestuursorgaanbegrip de bestuursrechter de kans de naleving van publiekrechtelijke normen af te dwingen daar waar openbaar gezag wordt uitgeoefend. Zo kan hij bijdragen aan de doelstelling die Scheltema formuleert voor de algemene regels van het bestuursrecht:³² het realiseren van de rechtsstaat.

31 Vgl. J.A.F. Peters, 'De veelkleurigheid van een materieel overheidsbegrip', *NTB* 2014/22.

32 Vgl. Scheltema 2016 a.w., p. 369.