

## Het bestuursorgaan-begrip voorbij?

*Willemien den Ouden en Heleen van Amerongen*

### Vooraf

Een vriendenboek voor Jaap Polak, waarin zijn bijdrage aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid wordt benadrukt zal Jaap waarschijnlijk plezieren. Als ik mij één les die ik van Jaap leerde goed kan herinneren dan is het dat 'het bestuursrecht' als vakgebied zich pas echt kon ontwikkelen door de totstandkoming van de Awb én de eenheid die daardoor ontstond. In een preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (voor het gemak vaak de Vereniging met de lange naam genoemd), schrijft hij op inspirerende wijze over de 'culturele evolutie van het bestuursrecht' die door deze harmonisatiewet in gang werd gezet. Door uniformering en eenheid kon het bestuursrecht als vakgebied tot ongekende bloei komen, zo concludeert hij.<sup>1</sup>

Ik (Willemien den Ouden, red.) mocht destijds dat preadvies samen met hem schrijven en het bespreken met de Vereniging met de lange naam. Dat was in velerlei opzichten een bijzondere ervaring. Hier hoeft slechts te worden vermeld dat ik tijdens het schrijfproces (en steeds wanneer wij samenwerkten) veel van hem leerde: over de geschiedenis van de Awb, over het bestuursrecht in de rechtspraak, over de samenhang tussen materieel en procedureel bestuursrecht en over het belang van het rustig verwoorden van standpunten: de mensen die je wilt overtuigen luisteren beter als je hen niet onnodig tegen de schenen schopt.

Naast het feit dat ik enorm veel van hem leerde, ben ik Jaap dankbaar voor het zelfvertrouwen dat samenwerking met hem mij gaf. Ook in 2004 was hij al een alom gerespecteerd bestuursrechtjurist. Desalniettemin nam hij de jonkies serieus, was hij geïnteresseerd in hun denkbeelden, ervan overtuigd dat de nodige vernieuwingen en modernisering van het recht vooral bij hen vandaan moeten komen. Ik weet niet of ik die laatste overtuiging met hem deel. Fundamentele vernieuwing vraagt ook de overtuigingskracht en doorzettingsmacht die moet komen van deskundigen met een grote ervaring en veel gezag. Jaap zelf is daarvan een groot voorbeeld gebleken zo zal blijkt uit andere bijdragen in dit boek.

<sup>1</sup> J.E.M. Polak en W. den Ouden, *Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2004, p. 15-19.

Wel ben ik met hem van mening dat wij zoveel mogelijk moeten samenwerken met de jongere generatie bestuursrechtjuristen. Samenwerken leidt sowieso eerder tot bredere en nieuwe inzichten en vaak tot weer eens een andere aanpak dan je alleen zou hebben gekozen. Dat was in dit geval geen overbodige luxe: deze bijdrage gaat namelijk over het b-bestuursorgaanbegrip, waarover ik al eerder schreef.<sup>2</sup> Daarom schrijf ik het vervolg van deze bijdrage samen met Heleen van Amerongen, de jongste collega aan de Universiteit Leiden waarmee ik veel samenwerk. Over haar mailde Jaap Polak mij, na het laatste kerstdiner van de afdeling staats- en bestuursrecht van Universiteit Leiden: 'Ik zat een deel naast een heel intelligente student-assistent van jou die een 10 had gehaald voor het tentamen overheidsaansprakelijkheid en die bij jou een interessante scriptie gaat schrijven over de wet normering topinkomens en die je daarna, lijkt mij, moet zien vast te houden voor het schrijven van een proefschrift.' Nog steeds geïnteresseerd in de volgende generatie bestuursrechtjuristen dus. Ik ga mijn best doen voor dat proefschrift Jaap en het schrijven van een gezamenlijk artikel voor jou, leek een mooie start van Heleens oeuvre.

### De 'publieketaakjurisprudentie': een impasse?

Zowel voor een startende als voor een ingevoerde bestuursrechtjurist blijft het b-bestuursorgaanbegrip een taaie materie. Voor de startende jurist, die net heeft geleerd dat het bestuursorgaanbegrip één van de centrale Awb-begrippen vormt, geeft een studie naar het b-bestuursorgaanbegrip onmiddellijk nieuwe inzichten. De heldere systematiek van de Awb die tot nu toe werd gepresenteerd, blijkt in de rechtspraktijk rafelrandjes te vertonen. Dat daagt uit tot het vinden van een oplossing. Kunnen die razend ingewikkelde, rafelige randjes niet van een nette zoom worden voorzien? De ingevoerde jurist komt echter tot de wat ontmoedigende conclusie: de toepassing van het b-bestuursorgaanbegrip bevat noodzakelijk kwaad. Fraai is het niet, maar helaas wel noodzakelijk.

Voor het gesprek tussen deze twee juristen is de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal Widdershoven op 23 juni 2014 over het b-bestuursorgaanbegrip het natuurlijke vertrekpunt.<sup>3</sup> Het is een omvangrijke conclusie te noemen,<sup>4</sup> wat niet verbaast: de conclusie behandelt de uitleg en toepassing van de 'publieketaakjurisprudentie', die heeft geleid tot felle debatten in de literatuur. De conclusie werd gevraagd met het oog op de rechtsont-

2 W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52. Enkele gedachten in deze bijdragen vormen een uitwerking van dat artikel.

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

4 Een standaardprint van de conclusie beslaat 60 pagina's.

wikkeling om 'te komen tot een voor de rechtspraak goed hanteerbaar criterium, waarbij de ratio van de publieketaakjurisprudentie niet uit het oog wordt verloren', aldus de voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak.

Die 'publieketaakjurisprudentie' ziet op situaties waarin de overheid gebruikmaakt van privaatrechtelijke vehikels voor geldverstrekking aan particulieren. Daar waar de overheid niet zelf subsidies, tegemoetkomingen of andersoortige uitkeringen verstrekt om beleidsdoelstellingen te bereiken, maar die taak opdraagt aan private organisaties, ontstaat al snel de vraag naar normering van het handelen van die organisaties en rechtsbescherming daartegen. Zolang deze taak in een algemeen verbindend voorschrift aan de private organisatie is opgedragen, is er weinig aan de hand. Zij is dan met openbaar gezag bekleed en treedt dus bij de geldverstrekking activiteiten op als bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, sub b van de Awb; een b-bestuursorgaan. Problematisch is dat het ook regelmatig voorkomt dat private organisaties grote sommen publiek geld ontvangen om deze verder te alloceren, terwijl die bevoegdheid *niet* in een wettelijk voorschrift wordt geregeld. In die gevallen is het veel lastiger om vast te stellen dat de private organisaties met openbaar gezag zijn bekleed en dus kunnen handelen als b-bestuursorgaan. Maar als zij niet als zodanig kwalificeren, is de normering van hun handelen een grijs gebied en staat daartegen geen rechtsbescherming open bij de bestuursrechter.

De bestuursrechter neemt in die context al sinds lang aan 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 publieke taak, al is deze dan uitbesteed. Beslissingen over deze verstrekkingen werden om die reden gekwalificeerd als beschikkingen waartegen (laagdrempelige) bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstond, althans voor zover er voldoende verband was tussen de overheid en de private organisatie. Maar wanneer was nu sprake van een 'voldoende' verband, als basis voor de ontdekking van een 'b-bestuursorgaan'?

Die vraag heeft tot veel rechterlijke uitspraken<sup>5</sup> en discussie geleid. Ook in de twee uitspraken die voor de voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak aanleiding vormden om de staatsraad advocaat-generaal om een conclusie te vragen speelde deze vraag de hoofdrol. De betreffende uitspraken behandelden de vraag of twee stichtingen, Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio (Stichting Schipholregio) en Stichting

<sup>5</sup> Zie voor een overzicht van de jurisprudentie de conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.11-3.23.

Platform31, ondanks het ontbreken van een bij wettelijk voorschrift toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid tot verstrekking van geldelijke uitkeringen, op grond van 'bijzondere omstandigheden' toch als bestuursorgaan moesten worden aangemerkt.<sup>6</sup> De bestuursrechters in eerste aanleg waren tot het oordeel gekomen dat dit niet het geval was door te toetsen aan de criteria die daarvoor in de jurisprudentie werden gehanteerd en waarvan de invulling en onderlinge verhouding varieerden: er moest sprake zijn van een publieke taak of overheidstaak en van een financiële band en een inhoudelijke band tussen de overheid en de private organisatie.

Stichting Schipholregio was er zelf van overtuigd dat zij een bestuursorgaan was.<sup>7</sup> Zij meende een publieke taak te vervullen door te werken aan kwaliteitsverbetering van de leefomgeving van de luchthaven, waarvoor zij onder meer uitkeringen toekent aan 'schrijnende gevallen' van geluidshinder. Zij wordt voor die taken voor een groot deel gefinancierd uit overheidsgelden, afkomstig van de minister van Verkeer en Waterstaat en de provincie Noord-Holland, maar voor een deel ook van Schiphol Group N.V. Bij de uitgave van de beschikbare gelden is zij gebonden aan bestedingscriteria die het bestuur van de Stichting vaststelt onder (institutionele) invloed van de provincie Noord-Holland en Schiphol en met inhoudelijke sturing door middel van een convenant dat partijen, waaronder een meerderheid aan overheden, sloten. De rechtbank ziet in deze constellatie geen bestuursorgaan: het doen van uitkeringen aan schrijnende gevallen valt buiten de publieke taak, er is geen sprake van aanwending van hoofdzakelijk overheidsgelden voor specifiek deze gevallen en ten aanzien van de besteding(criteria) bestaat geen overwegende (directe) overheidsinvloed.<sup>8</sup>

Ook Stichting Platform31 leefde in de veronderstelling een bestuursorgaan te zijn.<sup>9</sup> Zij ziet zichzelf slechts als een uitvoeringsstichting die subsidies verstrekt aan onderzoekers voor projecten die de kennisbasis voor stedelijk beleid verhogen. De subsidies waarom het geschil draaide werden voor 95% betaald uit gelden verkregen van minister van Wonen, Wijken en Integratie en de beoordeling van de onderzoeksvoorstellen vond plaats door een commissie waarvan ambtenaren deel uitmaakten. Volgens de rechtbank heeft de minister echter onvoldoende invloed op de bestedingscriteria

6 Rb. Noord-Holland van 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8741 en Rb. Midden-Nederland van 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2915.  
7 Rb. Noord-Holland van 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8741, r.o. 4.  
8 Rb. Noord-Holland van 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8741, r.o. 6.  
9 Zoals blijkt uit conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 1.7.

of de selectie van de  
overwegende overh

### De conclusie van 23 juni 2014

In zijn conclusie bij d  
raal Widdershoven c  
taakjurisprudentie ui  
aantrekkelijke ratio e  
de verdeling van pub  
normering kan ontlop  
ondertussen wel kan  
worden besteed. Deze  
de Awb-bepalingen, r  
pelde' wetten zoals de  
tionale ombudsman er  
ontmaskert deze werk  
scherming in ruime zin  
privaatrechtelijk jasje d  
bestuursrechter met ee  
ming van publiekrecht  
is. Vanwege dit belang  
een bestuursorgaan al  
bepaalt, zo meent Wido

Deze jurisprudentie ke  
bezwaren, die de staa  
wordt aan de eisen va  
wanneer aan privaatre  
openbaar gezag kan w  
overheid allesbehalve  
organiseren. Wat verd  
terwijl dat de toegang  
de staatsraad advocaat

10 Rb. Midden-Nederland van  
11 Zie de conclusie van 23 jun  
cussie in bijvoorbeeld S.E.  
en A.A. Freriks, *Privaat bes  
blieke taak jurisprudentie'*  
ECLI:NL:CRVB:2006:AV81  
in: T. Barkhuysen, J.E.M. P  
ter: Kluwer 2009, p. 361-400

of de selectie van de individuele onderzoeksvorstellen om te spreken van overwegende overheidsinvloed.<sup>10</sup>

### De conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 23 juni 2014

In zijn conclusie bij deze twee uitspraken plaatst staatsraad advocaat-generaal Widdershoven de geschiedenis en de ontwikkeling van de publieketaakjurisprudentie uitdrukkelijk in de hoek van de strategische keuzes. De aantrekkelijke ratio ervan is dat zo wordt voorkomen dat de overheid bij de verdeling van publieke gelden rechtsbescherming en publiekrechtelijke normering kan ontlopen door zich via het privaatrecht te organiseren, maar ondertussen wel kan (blijven) bepalen hoe die publieke gelden moeten worden besteed. Deze publiekrechtelijke normering bestaat niet alleen uit de Awb-bepalingen, maar ook uit aan het bestuursorgaanbegrip 'gekoppelde' wetten zoals de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), de Wet Nationale ombudsman en de Archiefwet 1995. De publieketaakjurisprudentie ontmaskert deze werkwijze en dient daarmee het belang van de rechtsbescherming in ruime zin: de burger heeft ook bij overheidshandelen in een privaatrechtelijk jasje de mogelijkheid van een laagdrempelig beroep bij de bestuursrechter met een zekere ongelijkheidscompensatie én de bescherming van publiekrechtelijke normering dat op dat handelen van toepassing is. Vanwege dit belang moet er volgens de bestuursrechter sprake zijn van een bestuursorgaan als de overheid uiteindelijk degene is die betaalt en bepaalt, zo meent Widdershoven.

Deze jurisprudentie kent echter ook aanzienlijke – vooral rechtsstatelijke – bezwaren, die de staatsraad advocaat-generaal erkent en bespreekt.<sup>11</sup> Zo wordt aan de eisen van legaliteit en rechtszekerheid weinig recht gedaan wanneer aan privaatrechtelijke organisaties zonder wettelijke grondslag openbaar gezag kan worden toegekend. Ook zou deze jurisprudentie de overheid allesbehalve afremmen om zich op niet-transparante wijze te organiseren. Wat verder klemt, is dat het publieketaakcriterium vaag is, terwijl dat de toegang tot de bestuursrechter (mede) bepaalt. Toch meent de staatsraad advocaat-generaal dat de meeste van deze bezwaren kunnen

<sup>10</sup> Rb. Midden-Nederland van 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2915, r.o. 6-7.

<sup>11</sup> Zie de conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.24-3.27 aan de hand van de discussie in bijvoorbeeld S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Bju 2008, p. 7-94; J.A.F. Peters, 'Publieke taak jurisprudentie', *JB Select* 2009/1, p. 1-14; N. Verheij onder CRvB van 31 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV8198, *JB* 2006/132 (*Argonaut*); G. Overkleef-Verburg, 'Stichting Silicose', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 361-400.

worden gerelativeerd en dat zij bovendien niet opwegen tegen de voordelen van rechtsbescherming in ruime zin, welke via alternatieve routes zoals een procedure bij de burgerlijke rechter in veel mindere mate te bereiken zijn. Al met al ziet hij geen reden om de publieketaakjurisprudentie fundamenteel af te wijzen, ook al is hij geen voorstander van het onderbrengen van allerlei (presterende) overheidstaken bij privaatrechtelijke rechtspersonen. Realiteit is echter dát het gebeurt en zolang dat het geval is, blijft er behoefte aan deze strategische zet. Wel kunnen de criteria aan de hand waarvan dit soort b-bestuursorganen worden 'ontdekt', worden verduidelijkt, al waarschuwt de staatsraad advocaat-generaal direct dat het hier een lastig spanningsveld bestaat. Duidelijk omlinjende criteria en een strakke toepassing daarvan kunnen de rechtspraak handvatten bieden, maar het belang van rechtsbescherming in ruime zin, vraagt juist om een soepele toepassing.

Na dat *caveat* komt de staatsraad advocaat-generaal tot de volgende aanbevelingen.<sup>12</sup> Hij benadrukt dat openbaar gezag *in de regel* bij of krachtens de wet moet worden toegekend. Een uitzondering op de regel moet echter in het belang van rechtsbescherming in ruime zin mogelijk zijn: Als een wettelijke grondslag ontbreekt, kan bij een privaatrechtelijke rechtspersoon die publieke gelden verstrekt aan derden toch sprake zijn van openbare gezagsuitoefening, en dus van een b-orgaan in de zin van de Awb, wanneer aan twee cumulatieve criteria is voldaan. De overheid moet de taak 'in overwegende mate' financieren (het financiële vereiste) én de overheid moet door een goedkeuringsrecht of anderszins 'beslissende invloed' hebben op de bestedingscriteria van de middelen in het algemeen (het inhoudelijke vereiste). Het criterium van de 'publieke taak' komt geen zelfstandige betekenis toe, omdat het oordeel over dit criterium voortvloeit uit de andere twee criteria.

Deze conclusie wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak goeddeels gevolgd en toegepast in de bekende 17-septemberuitspraken,<sup>13</sup> hoewel er wel verschillen zijn tussen de conclusie en de Afdelingsuitspraken. Meest opvallend is dat de Afdeling de twee criteria uit de conclusie specifiekere formuleert: de gelden of voorzieningen moeten in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, worden gefinancierd door *a-bestuursorganen* en de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen moeten in beslissende mate worden

12 Zie de conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.12 en 4.20.

13 ABRvS van 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, 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 (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*), en ABRvS van 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, JB 2014/203 m.nt. L.J.M. Timmermans (*Stichting Platform31*).

bepaald door één  
ganen die de gel  
nen die inhoud  
sturing door 'de  
alleen tot de klas

## Beschouwing

Biedt deze nieuw  
hanteerbaar crite  
ruime zin biedt aa  
private organisati  
*the eating*.<sup>15</sup>

In de uitspraak ro  
nanciële vereiste.  
dan tweederde me  
Noord-Holland, Sc  
ter vastgelegd dat  
provincie Noord-H  
nanciering van de S  
keringen voor schr  
Schiphol zouden w  
dat de uitkeringen  
werden gefinancier  
voor 50%. Dat het t  
derden afkomstig v  
nu de Afdeling bes  
strekking die ter di  
nanciers niet apart  
uit documenten, w  
uitkeringen aan sch  
hol worden gefinan

14 Hoewel de staatsraad a  
wie tot 'de overheid' me  
dat hij hiermee op 'a-org  
wijzen naar jurispruden  
Schiphol)) waarin wordt  
2014, ECLI:NL:RVS:2014  
15 Zoals ook Peters opmer  
regio. Besluit en bestuu  
dershoven (red.), AB Kla

bepaald door één of meer *a-bestuursorganen*. Daarbij hoeven de bestuursorganen die de gelden verstrekken niet dezelfde te zijn als de bestuursorganen die inhoudelijk sturen. De Afdeling beperkt zodoende financiering en sturing door 'de overheid', zoals de staatsraad advocaat-generaal het stelt, alleen tot de klassieke overheidsorganen.<sup>14</sup>

## Beschouwing

Biedt deze nieuwe jurisprudentielijn nu een voor de rechtspraktijk goed hanteerbaar criterium, dat tegelijkertijd voldoende rechtsbescherming in ruime zin biedt aan burgers die met handelen van publiek geld allocerende private organisaties worden geconfronteerd? *The proof of the pudding is in the eating.*<sup>15</sup>

In de uitspraak rond Stichting Schipholregio struikelt de zaak over het financiële vereiste. Dat verbaast omdat de kas van de Stichting voor meer dan tweederde met overheidsmiddelen was gevuld. In het Convenant dat Noord-Holland, Schiphol N.V. en de gemeente Amsterdam sloten was echter vastgelegd dat Schiphol, de minister van Verkeer en Waterstaat en de provincie Noord-Holland elk een gelijk deel (tien miljoen euro) aan de financiering van de Stichting zouden bijdragen, waarbij de kosten van de uitkeringen voor schrijnende gevallen door Noord-Holland en (vooral) door Schiphol zouden worden gefinancierd. Zo werd uit het Convenant afgeleid dat de uitkeringen voor schrijnende gevallen niet in overwegende mate werden gefinancierd door een of meer *a-bestuursorganen*, maar hooguit voor 50%. Dat het totaal van de middelen van de Stichting wél voor twee derden afkomstig was van dergelijke bestuursorganen, was niet relevant, nu de Afdeling bestuursrechtspraak kijkt naar de financiering van de verstrekking die ter discussie staat. Dat de middelen van de verschillende financiers niet apart werden geadmistreerd deed ook niet ter zake, omdat uit documenten, waaronder het Convenant, 'onmiskienbaar volgt dat de uitkeringen aan schrijnende gevallen voor ten minste de helft door Schiphol worden gefinancierd.'

<sup>14</sup> Hoewel de staatsraad advocaat-generaal zelf in zijn algemene beschouwingen in het midden laat wie tot 'de overheid' moet worden gerekend, kan uit het vervolg van zijn conclusie worden afgeleid dat hij hiermee op 'a-organen' doelt (door te stellen dat Schiphol geen overheid is en daarbij te verwijzen naar jurisprudentie (ABRvS van 3 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850 (*N.V. Luchthaven Schiphol*)) waarin wordt uitgemaakt dat Schiphol geen 'a-orgaan' is). Zie de conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 5.4 en 3.10.

<sup>15</sup> Zoals ook Peters opmerkt in J.A.F. Peters, 'Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio. Besluit en bestuursorgaan', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2016, p. 681.

Zo wordt duidelijk dat een helder en handzaam criterium vreemd kan uitpakken. De wijze waarop publieke gelden op papier worden ingedeeld (in het Convenant), blijkt van groot belang voor de rechtsbescherming van burgers die vallen in de categorie 'schrijnende gevallen'. Ondanks het feit dat de Stichting Schipholregio een vorm van publiek-private samenwerking betreft die is gericht op het oplossen van een maatschappelijke probleem en de betrokken overheden dit duidelijk tot hun publieke taak rekenen, staat er tegen beslissingen van de Stichting Schipholregio over uitkeringen voor schrijnende gevallen geen rechtsbescherming open bij de bestuursrechter. Daarbij is een saillant detail dat men de vraag kan stellen hoe 'privaat' het private deel van de samenwerking eigenlijk is. De N.V. Luchthaven Schiphol is weliswaar geen a-bestuursorgaan, maar wel voor meer dan 90% in handen van de Nederlandse overheid. Het is niet vanzelfsprekend de van Schiphol afkomstige gelden als 'private middelen'<sup>16</sup> te kwalificeren, niet vanuit het perspectief van de burger, maar bijvoorbeeld ook niet vanuit het perspectief van de Algemene Rekenkamer, die de gelden besteed aan staatsdeelnemingen tot het publiek kapitaal rekent.<sup>17</sup>

In het algemeen kan worden gesteld dat het financieel criterium dat aanknoopt bij het a-bestuursorgaanbegrip een voor bestuursrechtjuristen herkenbaar en eenvoudig toepasbaar criterium vormt, dat in zijn uitwerking echter niet altijd logisch zal zijn voor anderen, soms weinig recht doet aan de werkelijkheid en dat, *last but not least*, aansluit bij vormkenmerken die eenvoudig manipuleerbaar zijn. Vrijwel iedere overheid is betrokken bij privaatrechtelijke rechtspersonen, die publiek geld kunnen doorgeven. Door voor die weg te kiezen kan de bestuursrechter en het publieke normkader eenvoudig worden ontweken.<sup>18</sup>

Voor het inhoudelijke vereiste ligt dit genuanceerder. De eis dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van de gelden 'in beslissende mate' worden bepaald door een of meer a-bestuursorganen, betreft (voor een deel) een materieel criterium. Het zoekt dus van nature meer de relatie met de werkelijkheid. Wat echter opvalt, is dat in de invulling van dit criterium een deel van die werkelijkheid als op zichzelf 'niet voldoende' relevant aan de zijlijn wordt gezet. Dat leden van het bestuur of de raad van toezicht die deze criteria bepalen zijn aangesteld door overheden (institutionele in-

<sup>16</sup> Zie de conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 5.4.

<sup>17</sup> Daarom benadrukt de Algemene Rekenkamer ook dat de informatie over staatsdeelnemingen onvolledig is en dat zij bij staatsdeelnemingen onvoldoende bevoegdheden heeft. Zie Algemene Rekenkamer, *De staat als aandeelhouder. Over het beheer van staatsdeelnemingen* (rapport april 2015), zie ook nieuwsbericht: 'Invloed van de overheid op staatsdeelnemingen kleiner dan rijksbeleid beoogt'; [www.rekenkamer.nl](http://www.rekenkamer.nl).

<sup>18</sup> Zie daarover R.J.B. Schutgens, *Vorm en inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2011, p. 16 en 17.

vloed) is op die m  
holregio-uitspraak.  
de betrokken overh  
de private organis  
Stichting Platform3  
sterk op de vraag w  
wijsbaar a-bestuurs  
lijkt, in de uitwerki

Bovendien vindt d  
stuursorganen wel  
saties, deze soms on  
delijke criterium is  
dat zij slechts geld  
algemene eisen van  
te kunnen nemen da  
gaan waren vastgest  
belast met de financ  
ontving, bleken de a  
tiatieven 2013 van h  
dam onvoldoende p  
horde van het inhou  
kens die regels de a  
de betrokkenheid va  
dragen aan leefbaarh  
de buurt, zoals het K  
nelijk niet voldoende

Hier zien wij dat op  
getoetst dat manipul  
immers niet moeilijk  
delen enige ruimte te  
vast te stellen. Dan is  
niet aan het inhoude

Al met al is onze cor  
de gedachte van de  
toepassing van de c  
wezen is, omdat pr

<sup>19</sup> ABRvS van 13 mei 2015  
puls).

vloed) is op die manier van weinig belang, zo blijkt uit de *Stichting Schipholregio*-uitspraak. Datzelfde geldt voor ambtenaren die werkzaam zijn bij de betrokken overheden en die ook meewerken aan de besluitvorming van de private organisatie die publiek geld alloceert, zoals het geval was in de *Stichting Platform31*-uitspraak. De Afdeling bestuursrechtspraak richt zich sterk op de vraag welke partij de criteria *officieel vaststelt*. Dat dient een aanwijsbaar a-bestuursorgaan te zijn. Hier krijgt wat een materieel criterium lijkt, in de uitwerking toch een wat formele inkleuring.

Bovendien vindt de Afdeling bestuursrechtspraak dat daar waar a-bestuursorganen wel regels vaststellen en meegeven aan de private organisaties, deze soms onvoldoende precies om aan te nemen dat aan het inhoudelijke criterium is voldaan. Dat *Stichting Platform31* moest zekerstellen dat zij slechts geld zou verstrekken aan onderzoeksprojecten die aan de algemene eisen van de NWO voldoen, was onvoldoende precies om aan te kunnen nemen dat die criteria *in beslissende mate* voor een a-bestuursorgaan waren vastgesteld. Ook in de uitspraak over *Stichting Impuls*, die was belast met de financiering van bewonersinitiatieven en daarvoor subsidie ontving, bleken de algemene regels opgenomen in het Kader bewonersinitiatieven 2013 van het financierende stadsdeel van de gemeente Amsterdam onvoldoende precies voor de Afdeling bestuursrechtspraak om de horde van het inhoudelijke vereiste met succes te kunnen nemen. Dat blijken die regels de activiteiten gericht moesten zijn op 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, zoals het Kader bewonersinitiatieven 2013 voorschreef, was kennelijk niet voldoende.<sup>19</sup>

Hier zien wij dat op een zodanige wijze aan het materiële criterium wordt getoetst dat manipulatie door betrokken overheden mogelijk wordt. Het is immers niet moeilijk om private partners bij het uitdelen van publieke middelen *enige* ruimte te bieden om eigen (aanvullende) verstrekkingscriteria vast te stellen. Dan is bij de huidige stand van de jurisprudentie in beginsel niet aan het inhoudelijke vereiste voldaan.

Al met al is onze conclusie dat er tot nu toe weinig is terechtgekomen van de gedachte van de staatsraad advocaat-generaal dat een relatief soepele toepassing van de criteria voor de financiële en inhoudelijke band aangewezen is, omdat privaatrechtelijke rechtspersonen dan snel kwalificeren

<sup>19</sup> ABRvS van 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden (*Stichting Impuls*).

als b-orgaan en dat goed is voor de rechtsbescherming van de burger.<sup>20</sup> De behoefte aan een voor de rechtspraak goed hanteerbaar criterium, die de aanleiding vormde voor het verzoek om de conclusie, heeft geleid tot een meer formele inkleuring van de publieketaakjurisprudentie, die stevig aansluit op het a-bestuursorgaanbegrip. De nadruk ligt daardoor op vormenmerken, omdat die voordelig zijn als het gaat om duidelijkheid en toepasbaarheid. De vraag of geld of invloed afkomstig is van een a-orgaan is nu eenmaal eenvoudiger te beantwoorden dan de vraag naar in welke mate hier sprake is van publiek geld en overheidsinvloed. Zoals Schutgens het mooi verwoordt gaat het in dit soort kwesties om een proportionaliteitsafweging tussen de kernwaarden van rechtszekerheid en rechtvaardigheid<sup>21</sup> en de Afdeling bestuursrechtspraak heeft de focus voorlopig gelegd op de rechtszekerheid. Dat leidt in de meeste gevallen tot de conclusie dat er géén sprake is van een b-bestuursorgaan.<sup>22</sup>

De afgewezen aanvrager van een uitkering in natura voor door hem ervaren hinder rondom de luchthaven Schiphol, de afgewezen indiener van een onderzoeksvoorstel en de afgewezen aanvrager van een 'budget' voor vrijwilligersactiviteiten; zij zullen hun rechtsbescherming voortaan bij de burgerlijke rechter moeten zoeken, althans wanneer de overheid bij de allocatie van de beschikbare publieke middelen gebruikmaakt van een private partner en deze samenwerking zo wordt vormgegeven dat niet aan het financiële en inhoudelijke vereiste wordt voldaan. Nu overheden in toenemende mate, op grote schaal en op velerlei beleidsterreinen samenwerken met private partners en daarbij van oudsher publieke taken aan hen overdragen,<sup>23</sup> en daarbij soms actief proberen geschillen buiten de laagdrempelige bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedures te houden,<sup>24</sup> valt te ver-

20 Zie de conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.12. Zo stelde hij de ratio van de 'publieketaakjurisprudentie' voorop. Dat dit nadelen zal hebben voor de rechtszekerheid die juist gebaat is bij een strikte toepassing van de criteria neemt hij daarbij uitdrukkelijk voor lief; die spanning is onoplosbaar.

21 Schutgens 2011, p. 26.

22 Slechts in één geval komt de Afdeling tot de conclusie dat er wél sprake is van een b-bestuursorgaan (zie ABRvS van 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928 (*Stichting afwikkeling Maror-gelden*), AB 2016/299, m.nt. J.A.F. Peters). De Stichting Maror was in het verleden al aangemerkt als b-bestuursorgaan en het enkele feit dat de financierende minister nu geen beslissende invloed had in de Stichting was voor het afhandelen van de lopende verplichtingen niet relevant.

23 Zie daarover Den Ouden 2016.

24 Vooral in het sociaal domein is daarvoor aandacht, zie bijvoorbeeld A.T. Marseille, *Bestuurlijke organisatie en geschilbeslechting in het sociaal domein* (oratie Groningen), Groningen 2015; M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?', *NTB* 2016/49, p. 369-372; B.J. van Ettehoven, 'Herrie rond de keukentafel. Over de WMO 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming', *NTB* 2016/50, p. 373-377. Maar ook binnen het subsidiebeleid kan die trend worden gesignaleerd, zie J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897.

wachten dat er  
worden verwe

## Rechtsbesche lijke normeri

Bij de huidige s  
aanzienlijk deel  
overblijven. Bij  
geen reële optie  
ten te hoog of d  
rechter desonda  
om grote bedrag  
kan boeken. Ter  
te onderbouwen  
stukken moeten  
entiteit (artikel 7  
en ook een beroe

Belangrijker nog  
van een private c  
geval niet aan de  
gerlijke rechter g  
de schakelbepali  
hoorlijk bestuur  
rechtspersonen v  
lijk zijn gefinanc  
zich dienen te ho  
zo oordeelde de

## De balans opr

De vraag naar d  
verder dan de v  
verstrekking va  
strekking wordt  
stand van de ju  
relevante publie  
kleuring van he

25 HR van 4 april 200  
med).

wachten dat er in de toekomst meer burgers met dit soort geschillen zullen worden verwezen naar de burgerlijke rechter.

### Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter en publiekrechtelijke normering

Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling leidt dat ertoe dat voor een aanzienlijk deel van deze burgers nauwelijks reële rechtsbescherming zal overblijven. Bij sommige geschillen is een gang naar de burgerlijke rechter geen reële optie, omdat de betrokken bedragen te laag zijn en de proceskosten te hoog of de procesrisico's voor de burger te groot. Als de burgerlijke rechter desondanks wordt geadieerd, bijvoorbeeld in gevallen waarin het om grote bedragen gaat, is het de vraag of de appellerende burger succes kan boeken. Ten eerste zal het voor appellanten lastig zijn hun stellingen te onderbouwen met feiten. De regel dat op de zaak betrekking hebbende stukken moeten worden overgelegd door de publieke gelden verstreckende entiteit (artikel 7:4 van de Awb) geldt immers alleen voor bestuursorganen en ook een beroep op de Wob heeft in dat geval weinig kans van slagen.

Belangrijker nog is de vraag waaraan de burgerlijke rechter het handelen van een private organisatie die publiek geld alloceert, kan toetsen. In ieder geval niet aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook de burgerlijke rechter gaat namelijk ervan uit dat het *bestuursorganen* zijn die via de schakelbepalingen zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijke handelingen. Dat privaatrechtelijke 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.<sup>25</sup>

### De balans opmaken

De vraag naar de uiteerste reikwijdte van het b-bestuursorgaan strekt dus verder dan de vraag welke rechter moet oordelen over geschillen over de verstrekking van publieke gelden. Deze vraag gaat ook over hoe die verstrekking wordt genormeerd en kan worden gecontroleerd. Bij de huidige stand van de jurisprudentie dreigen grote sommen publiek geld buiten relevante publiekrechtelijke kaders te verdwijnen. Een meer formele inkleuring van het bestuursorgaanbegrip van de Awb zal wellicht leiden tot

<sup>25</sup> HR van 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/Conformed*).

meer houvast voor de rechtspraktijk en rechtszekerheid, maar tegelijkertijd waarschijnlijk ook tot verminderde rechtsbescherming – rechtvaardigheid zo men wil – bij de allocatie van publieke middelen. Niet alleen de afgewezen ontvangers zijn daarvan de dupe. De gehele maatschappij is erbij gebaat dat de besteding van publieke middelen tot op zekere hoogte democratisch is gelegitimeerd, dat daarvoor een publieke verantwoordingslogica geldt en dat de doelmatigheid en efficiëntie ervan kan worden beoordeeld.<sup>26</sup> Het behoeft geen betoog dat de toepasselijkheid van wetten als de Awb en de Wob kan bijdragen aan het waarborgen van deze rechtsstatelijke waarden.

Gezien de hierboven geschetste nadelen van de scherpere afbakening van het b-bestuursorgaanbegrip, is de vraag gerechtvaardigd of hier de juiste afweging is gemaakt. Is de balans tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid, die bij afbakeningscriteria altijd moet worden gezocht, niet teveel doorgeslagen naar de rechtszekerheidskant? Wij menen van wel.

Ten eerste is het uiterste randje van het b-bestuursorgaan gebied nog steeds een moerasachtig gebied, waar veel vragen openliggen en over veel gevallen kan en zal worden gediscussieerd.<sup>27</sup> De geboekte rechtszekerheidswinst is dus beperkt. Ten tweede is de winst voor 'het systeem' naar onze mening beperkt. Zeker, de nadruk op de eis van een wettelijke grondslag voor openbaar gezag lijkt op het eerste gezicht winst voor het legaliteitsbeginsel. Maar wie scherper kijkt ziet dat de nieuwe jurisprudentie lijn ook als een verliespost voor het legaliteitsbeginsel kan worden geboekt. Immers, subsidies moeten sinds 1998 in beginsel op een wettelijke grondslag zijn gebaseerd, aldus artikel 4:23 van de Awb. Maar ook subsidies kunnen slechts door bestuursorganen worden verstrekt, zo blijkt uit de subsidie definitie van artikel 4:21 van de Awb. Met de nieuw geformuleerde afbakeningscriteria kunnen overheden gemakkelijk aan de subsidie definitie van de Awb ontsnappen en daarmee ook aan de eis van een wettelijke grondslag voor hun subsidiebeleid. Zij doen dat ook op grote schaal.<sup>28</sup> Ten derde heeft de hiervoor genoemde ontsnappingstendens tot gevolg dat de rechtsongelijkheid soms ongemakkelijke vormen aanneemt. Zo worden in de gemeente Amsterdam ook nog steeds wijkactiviteiten gefinancierd via verschillende routes: door het dagelijks bestuur van het Stadsdeel Nieuw-West van de gemeente Amsterdam, wanneer deze wijk-overstijgend zijn en als dit niet

26 Vergelijk onder andere 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](http://www.rob-rfv.nl/documenten/tussen_betalen_en_bepalen_webversie.pdf), en 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](http://rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties/2016/07/Inzicht_in_publiek_geld).

27 Zo ook Peters 2016.

28 Zie hierover uitgebreid J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897.

het ge  
bestuu  
viteite  
gelijk e  
een bu  
drempe  
Awb-to  
zelfde a  
zijn aan

Kortom:  
bestuurs  
zwaarde  
atie te ve

Met ande  
van aller  
sonen een  
Zolang de  
blikrecht  
en zolang  
rechtsstate  
leidsdoelen  
blijven wo  
telijke waa  
gediscussie

29 ABRvS van  
puls).

30 Zie onder i  
'Bestuursre  
Ommeren,  
lijk. De bet  
van het bes

31 Wat wel ge  
de uitvoeri  
hoe gekom  
geschillen  
kunnen we

32 Zoals word  
'Gemeensc  
p. 127-128.

33 Deze recht  
Awb-syste  
2015/814, I  
afl. 6, p. 42.

het geval is door regiegroepen.<sup>29</sup> Een 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. Toch kan een burger wiens aanvraag wordt afgewezen door het bestuur via een laagdrempelige procedure terecht bij de bestuursrechter, die een uitgebreid Awb-toetsingskader bij de hand heeft, terwijl eenzelfde burger die voor dezelfde activiteiten een aanvraag indient bij een regiegroep bij afwijzing van zijn aanvraag min of meer met lege handen staat.

Kortom: de voordelen van de 17-september uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak lijken beperkt en de nadelen zijn voor ons van een zwaardere soort. Welke wegen kunnen worden bewandeld om deze situatie te veranderen?

Met anderen<sup>30</sup> nemen wij aan dat het verschijnsel van het onderbrengen van allerlei (presterende) overheidstaken bij privaatrechtelijke rechtspersonen een realiteit is, die bestuursrechtjuristen nog wel even zal plagen. Zolang de wetgever geen actie onderneemt op dit terrein<sup>31</sup> door het publiekrechtelijk organisatierecht aantrekkelijker en eenvoudiger te maken<sup>32</sup> en zolang het bestuur zijn verantwoordelijkheid niet neemt om voldoende rechtsstatelijke waarborgen in te bouwen bij de verwezenlijking van beleidsdoelen via privaatrechtelijke constructies, zal de rechter uitgedaagd blijven worden om ergens de grens te trekken in het belang van rechtsstatelijke waarden.<sup>33</sup> Over het precieze verloop van die lijn zal altijd worden gediscussieerd.

<sup>29</sup> ABRvS van 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden (*Stichting Impuls*).

<sup>30</sup> Zie onder andere de Conclusie 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.5 en M.W. Scheltema, 'Bestuursrecht van de toekomst en 'ontstatelijking': nieuwe perspectieven?', *NTB* 2014/29; F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk. De betekenis van het publieke taakcriterium', *NTB* 2014/30; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek van het bestuursrecht. Verwachtingen voor de toekomst', *NTB* 2015/34.

<sup>31</sup> Wat wel gebeurt voor het sociaal domein waarin private partners ook een belangrijke rol spelen in de uitvoering van het overheidsbeleid en een ambtelijke werkgroep is samengesteld om te bezien hoe gekomen kan worden tot een Awb-regeling voor integrale geschilbeslechting, zodat ook geschillen tussen burgers en private uitvoeringsorganisaties waar nodig aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 32 402, S.

<sup>32</sup> Zoals wordt aangemoedigd in onder andere Zijlstra 2008, p. 92 en M.W. Scheltema en M. Scheltema, 'Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht', Deventer: Kluwer 2013, p. 127-128.

<sup>33</sup> Deze rechtsstatelijke waarden zijn voor Schueler en Scheltema doel en richtingaanwijzer van het Awb-systeem, zie M. Scheltema, 'Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', *NJB* 2015/814, p. 1151-1154 en B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *Regelmaat* 2015, afl. 6, p. 422-436.

Met die gedachten in het achterhoofd kan men de roep om rechtszekerheid op dit gebied relativiseren. Rechtszekerheid laat zich nu eenmaal lastig combineren met strategische uitspraken. Wanneer afwegingen worden gemaakt en beslissingen worden genomen over de reallocatie van publieke middelen is er sprake van het uitoefenen van overheidsgezag.<sup>34</sup> Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling is de bestuursrechter in het algemeen de meest gereede rechter om geschillen daarover te beoordelen. Als overheden aan zijn rechtsmacht proberen te ontsnappen is het hanteren van een 'strategisch bestuursorgaanbegrip' soms een laatste redmiddel en noodzakelijk kwaad. Om genoeg ruimte te hebben voor de nodige strategische correcties van het bestuur zal de bestuursrechter het financiële en inhoudelijke vereiste anders moeten toepassen dan nu de standaard lijkt. Een meer materiële invulling van die criteria lijkt ons gewenst, om door te kunnen stoten naar de inhoud achter de vorm. De huidige focus op a-bestuursorganen, die de kas van de private geldverstrekking moeten vullen en die officieel en in beslissende mate de verstrekkingcriteria moeten vaststellen, zit de bestuursrechter hier slechts in de weg.

Wij pleiten dus voor een meer materiële benadering van het overheidsbegrip dat schuilgaat achter het b-bestuursorgaanbegrip. Dat leidt wellicht tot 'drijfzand'<sup>35</sup> waarin de rechtspraak zo af en toe wegzakt, maar dat verkiezen wij boven een norm die (schijnbaar) eenvoudig is toe te passen, maar de burger niet beschermt tegen machtsmisbruik door de overheid en de samenleving weinig garanties biedt op een transparante, efficiënte en effectieve besteding van publieke middelen.

Wij realiseren ons dat er gevallen denkbaar zijn waarin de band tussen publiek geld en het eindresultaat toch te zwak is om te kunnen spreken van openbare gezagsuitoefening,<sup>36</sup> of om een andere reden het geschil nauwelijks onder de rechtsmacht van de bestuursrechter en onder publiekrechtelijke normering kan worden gebracht.<sup>37</sup> In die gevallen zou het gebrek aan een toetsingskader dat recht doet aan het feit dat er publieke gelden worden gealloceerd en waarmee rechtsstatelijke waarden worden geborgd, moeten worden aangepakt. Dat vraagt een andere benadering van de burgerlijke rechter. Daar zijn al verschillende opties voor aangedragen.<sup>38</sup> De Hoge Raad kan ervoor kiezen om het RZG/*Conformed*-arrest los te laten en

34 Zo ook M. Schreuder Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', *NTB* 2016/53, p. 393-399.

35 Vergelijk Schutgens 2011, p. 5.

36 Daarbij valt te denken aan Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen, die voor slechts 20% uit publieke middelen werd bekostigd, zie ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, AB 2015/131, m.nt. J.A.F. Peters, (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*).

37 Bijvoorbeeld bij bepaalde vormen van publiek-private samenwerking.

38 Zie hierover uitgebreid en onder verwijzing naar andere literatuur, N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: BJu 2014, p. 87-98 en 389-397.

een ander, ruimer c  
ren bij de schakelbe  
de toepasselijkheid  
Hiermee komen ec  
advocaat-generaal c  
prudentie mee.<sup>40</sup> Da  
te route: het publiek  
ke beginselen. Met d  
sprake is van meer p  
kere publieke taak k  
lijk normen als open  
besluitvorming. Dat  
handen en voeten te

### Tot slot

In deze bijdrage heb  
rond het b-bestuursor  
caat-generaal van jun  
Het is duidelijk dat d  
keling. De conclusie z  
het b-bestuursorgaan  
raad advocaat-genera  
om de criteria waarm  
den vastgesteld te ver  
in de rechtspraak.  
suggesties aangepakt  
scherpen, waarbij zij s

Deze rechtsontwikke  
meer rechtseenheid:  
tegen het verlies aan  
Te verwachten valt d  
orgaanbegrip meer g  
rechtsmacht van de c  
ter nog nauwelijks n  
kunnen toetsen. De l

39 J.A.F. Peters, 'De ledighei  
'Het onderscheid tussen

40 Zie ook Jak 2014, p. 389-3  
in de sociale rechtsstaat, De

een ander, ruimer overheidsbegrip dan het bestuursorgaanbegrip te hantieren bij de schakelbepaling in artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>39</sup> Hiermee komen echter alle bezwaren die aanleiding gaven de staatsraad advocaat-generaal om een conclusie te vragen over de publieketaakjurisprudentie mee.<sup>40</sup> Daarom is ook gewezen op een subtielere en meer indirecte route: het publiekrechtelijk kleuren van open normen en privaatrechtelijke beginselen. Met deze optie is meer maatwerk mogelijk: al naar gelang er sprake is van meer publiek geld, een grotere machtspositie of een duidelijkere publieke taak kan privaatrecht worden ingekleurd met publiekrechtelijke normen als openbaarheid, transparantie en zorgvuldige en evenredige besluitvorming. Dat het zeer lastig zal zijn deze opties in concrete gevallen handen en voeten te geven, behoeft weinig toelichting.

### Tot slot

In deze bijdrage hebben wij de recente jurisprudentiële ontwikkelingen rond het b-bestuursorgaanbegrip en de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal van juni 2014 die daarvoor de opmaat vormde besproken. Het is duidelijk dat deze conclusie heeft bijgedragen aan de rechtsontwikkeling. De conclusie zet glashelder uiteen welke problemen er spelen rond het b-bestuursorgaanbegrip en de publieketaakjurisprudentie. De staatsraad advocaat-generaal heeft, zoals hem was verzocht, suggesties gedaan om de criteria waarmee de uiterste grenzen van het bestuursorgaan worden vastgesteld te verduidelijken, omwille van de hanteerbaarheid daarvan in de rechtspraktijk. Daarna heeft de Afdeling bestuursrechtspraak deze suggesties aangepakt om die uiterste grenzen in haar jurisprudentie aan te scherpen, waarbij zij sterk leunt op het a-bestuursorgaanbegrip.

Deze rechtsontwikkeling heeft echter niet noodzakelijkerwijze geleid tot meer rechtseenheid: de rechtszekerheidswinst weegt ons inziens niet op tegen het verlies aan rechtsgelijkheid in de rechtsbescherming in brede zin. Te verwachten valt dat door een scherpere afbakening van het b-bestuursorgaanbegrip meer geschillen over de allocatie van publiek geld onder de rechtsmacht van de civiele rechter zullen komen te vallen. Die heeft echter nog nauwelijks normen (ontwikkeld) om die geschillen effectief aan te kunnen toetsen. De laatste zal om effectieve rechtsbescherming te kunnen

<sup>39</sup> J.A.F. Peters, 'De ledigheid van de publieke taak', *AA* 2017, p. 104-112, p. 112, en F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk. De betekenis van het publieke taakcriterium', *NTB* 2014/30.

<sup>40</sup> Zie ook *Jak* 2014, p. 389-397; Zijlstra 2008, p. 87 en 91; R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 60.

