

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/138856> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Westerweel, J.

Title: Lokale democratische innovatie: Een juridische analyse

Issue date: 2021-01-14

4.1 Inleiding

Het wettelijk kader biedt al geruime tijd mogelijkheden voor gemeentebesturen om initiatieven als de Coöperatieve Wijkraad te faciliteren. Zoals in paragraaf 4.3.1 zal blijken, zijn die mogelijkheden zelfs oorspronkelijk geïntroduceerd met het oog op veelal dezelfde doelstellingen als die van democratische experimenten als de CWR, namelijk het betrekken van burgers bij het bestuur en het overdragen van zeggenschap aan instanties op een lager niveau dan dat van het gemeentebestuur. In hoofdstuk twee is de verbinding tussen maatschappelijk eigenaarschap en publieke zeggenschap, oftewel subsidiariteit, genoemd als beginsel dat ten grondslag ligt aan de gemeentelijke democratie. De manier waarop de CWR maatschappelijk eigenaarschap probeert te realiseren, is in het vorige hoofdstuk beschreven. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal welke mogelijkheden het wettelijk kader biedt om aan dergelijke initiatieven publieke zeggenschap te geven en wat de grenzen zijn die daarbij in acht moeten worden genomen. Verreweg het belangrijkste instrument dat het gemeentebestuur ter beschikking staat, is uiteraard het gemeentelijk commissiestelsel uit de artikelen 82 tot en met 86 Gemeentewet. Dit wordt in paragraaf 4.3 behandeld. Daarvoor moet eerst worden stilgestaan bij drie manieren waarop gemeentebesturen juridische bevoegdheden kunnen toekennen, overdragen of delen. Het betreft dan de leerstukken van attributie, delegatie en mandaat. Deze worden behandeld in paragraaf 4.2. Wanneer bevoegdheden worden geattribueerd, gedelegeerd of gemandateerd, is het van belang te realiseren dat bepaalde publiekrechtelijke institutionele kaders geactiveerd (kunnen) worden. Gezien de opzet van de Coöperatieve Wijkraad is het dan allereerst relevant te weten of het initiatief moet worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb. Als dat het geval is, zijn namelijk de normen uit de Awb van toepassing, wat gevolgen kan hebben voor de werkwijze van initiatieven als deze. Daarnaast is het van belang te weten of het initiatief als algemeen vertegenwoordigend orgaan in de zin van artikel 4 Grondwet moet worden aangemerkt. Wanneer dat het geval is, moet het orgaan worden samengesteld door middel van verkiezingen en kan er dus niet worden gewerkt met loting. Deze twee kwalificaties worden in respectievelijk paragraaf 4.4 en 4.5 behandeld. Paragraaf 4.6 sluit af met een conclusie.

4.2 Attributie, delegatie en mandaat

Met het uitoefenen van publieke zeggenschap wordt in juridische zin bedoeld het uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden. Het gemeentebestuur kan een initiatief als de CWR daartoe in staat stellen door middel van attributie, delegatie en mandaat. In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre deze instrumenten kunnen worden aangewend om de doelstellingen van de CWR en vergelijkbare initiatieven te realiseren. De voor de beantwoording van die vraag niet-relevante aspecten zullen achterwege worden gelaten. Deze paragraaf is dan ook niet bedoeld als uitputtende beschrijving van de leerstukken attributie, delegatie en mandaat.

4.2.1 *Attributie*

Attributie houdt in het creëren van een geheel nieuwe, ‘originaire’, bevoegdheid. Op grond van het legaliteitsbeginsel dient dat te gebeuren middels een wettelijk voorschrift. Dat betekent dat alleen organen die met wetgevende bevoegdheid zijn bekleed, bevoegdheden kunnen attribueren, zoals de formele wetgever (artikel 81 Grondwet), provinciale staten en gemeenteraden (beide artikel 127 Grondwet). Het orgaan dat de bevoegdheid attribueert, oefent de bevoegdheid niet zelf uit. Dat wordt gedaan door het orgaan dat de bevoegdheid geattribueerd krijgt. Bij het toekennen van de bevoegdheid kan het attribuerende orgaan tevens bepalen dat het orgaan dat de bevoegdheid ontvangt deze verder mag delegeren aan een ander orgaan.¹ Ten slotte bestaat er nog een belangrijk verschil tussen attribuerende organen op centraal en decentraal niveau. De grondwetgever en formele wetgever kunnen nieuwe organen creëren waaraan zij bevoegdheden kunnen attribueren. Decentrale wetgevende organen kunnen dit echter niet. Voor hen geldt een gesloten stelsel van bevoegdheidstoedeling, wat betekent dat zij alleen bevoegdheden kunnen attribueren (en delegeren) aan organen met een grondslag in hun respectievelijke organieke wet, oftewel de Provinciewet en de Gemeentewet. In de paragraaf over delegatie wordt nader op het gesloten stelsel ingegaan. Hier volstaat te zeggen dat het stelsel de bruikbaarheid van het attributie-instrument in zoverre beperkt dat de gemeenteraad alleen bevoegdheden aan een burgerinitiatief kan attribueren wanneer dit initiatief vormgegeven wordt op een wijze die de Gemeentewet (of een andere wet in formele zin) voorschrijft.

4.2.2 *Delegatie*

In het geval van delegatie wordt er geen nieuwe bevoegdheid gecreëerd maar wordt een bestaande bevoegdheid overgedragen van het ene orgaan naar het andere orgaan. Artikel 10:13 Awb definieert delegatie als ‘het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent’. De bepalingen in

¹ Kortmann 2012, p. 28-29; Bröring en De Graaf 2016, p. 137-141; Schlössels e.a. 2017, p. 110-111.

de Awb met betrekking tot delegatie zijn daarmee in eerste instantie alleen van toepassing wanneer er sprake is van overdracht van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. In artikel 10:21 Awb is echter bepaald dat de bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn op de overdracht door een bestuursorgaan van de bevoegdheid tot het verrichten van andere handelingen dan besluiten.²

Wanneer een bevoegdheid wordt gedelegeerd, blijkt uit de definitie van artikel 10:13 Awb dat tevens de verantwoordelijkheid voor de uitoefening daarvan overgaat naar het nieuw bevoegde orgaan. Het oorspronkelijk bevoegde orgaan is niet meer verantwoordelijk en kan de bevoegdheid volgens artikel 10:17 Awb zelf ook niet meer uitoefenen.³ Het oorspronkelijk bevoegde orgaan kan op grond van artikel 10:18 Awb wel te allen tijde het delegatiebesluit intrekken en is op grond van artikel 10:16 lid 1 Awb bevoegd beleidsregels te geven over de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid.

Aan delegatie zijn verder twee belangrijke voorwaarden verbonden. Ten eerste verbiedt artikel 10:14 Awb de delegatie van bevoegdheden aan ondergeschikten. Hiërarchische verhoudingen en de mogelijkheid die dat met zich meebrengt voor een hoger orgaan om bijzondere aanwijzingen over de uitoefening van een functie te geven, staan haaks op het idee dat bij delegatie de bevoegdheid onder eigen verantwoordelijkheid wordt uitgeoefend. Ten tweede, en belangrijker, is op grond van artikel 10:15 Awb voor delegatie van bevoegdheden altijd een wettelijke grondslag vereist. De reden hiervoor is dat delegatie een wijziging betekent van de bevoegdheidsverdeling zoals de wetgever die beoogd heeft. Alleen wanneer de wetgever zelf toestemming heeft gegeven voor een wijziging van de verdeling mag een orgaan overgaan tot delegatie. Artikel 10:15 Awb biedt zelf geen grondslag voor delegatie. Die moet meestal gezocht worden in het wettelijk voorschrift waarin de bevoegdheid is vastgelegd. Gemeentelijke bestuursorganen kennen algemene delegatiegrondslagen die in de Gemeentewet zijn terug te vinden. Voor de gemeenteraad is dat artikel 156 en voor het college artikel 165. De grondslag voor delegatie van bevoegdheden van de burgemeester is artikel 178, maar deze blijft hier verder buiten beschouwing.

Algemene delegatiegrondslagen in de Gemeentewet

Artikel 156 en artikel 165 Gemeentewet vormen de delegatiegrondslag voor zowel delegatie van autonome bevoegdheden als voor bevoegdheden die in medebewindswetten aan respectievelijk de raad of het college zijn toegekend.⁴ Soms staat echter het feit dat de artikelen *algemene* delegatiegrondslagen vormen aan delegatie in de weg. Hoewel het contextafhankelijk is wanneer daar precies sprake van is, kan in het algemeen gezegd worden dat wanneer de formele wetgever in een medebewindswet specifieke bevoegdheden aan specifieke gemeentelijke bestuursorganen heeft toegekend, er voor de delegatie daarvan

2 Andere handelingen kunnen zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen omvatten. Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht 2019, commentaar op artikel 10:21 Awb.

3 Dit orgaan is uiteraard nog wel verantwoordelijk voor het besluit om de bevoegdheid te delegeren.

4 *Gst.* 2008/7304, nr. 115, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

een specifieke grondslag vereist is.⁵ Delegatiebesluiten zelf dienen daarnaast op grond van het rechtszekerheidsbeginsel duidelijk te vermelden welke bevoegdheid wordt overgedragen en welke taak ermee behartigd moet worden.⁶ Een delegatiebesluit waarin bijvoorbeeld aan een burgerinitiatief ‘de bevoegdheid wordt gedelegeerd om de belangen van de wijk te behartigen’ is onvoldoende concreet en in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Het uitgangspunt van zowel artikel 156 als artikel 165 Gemeentewet is verder dat delegatie is toegestaan. In lid 2 van artikel 156 Gemeentewet is wel nog een niet-limitatieve lijst van bevoegdheden opgenomen die zich in ieder geval tegen delegatie verzetten, waaronder de bevoegdheid uit artikel 189 lid 1 om de begroting vast te stellen. Daarnaast bepaalt zowel artikel 156 als artikel 165 Gemeentewet dat delegatie niet is toegestaan wanneer de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet. Dit criterium is pas in 2002 in de Gemeentewet opgenomen, maar werd in de jurisprudentie al daarvoor gebruikt om bepaalde delegatie ontoelaatbaar te oordelen.⁷ Of de aard van een bevoegdheid zich tegen delegatie verzet, is deels afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij die afweging dienen twee algemene factoren betrokken te worden. Allereerst is van belang of de medebewindswetgever beoogd heeft aan het in de wet aangewezen orgaan een exclusieve bevoegdheid toe te kennen. Dit aspect komt veelvuldig naar voren in jurisprudentie over bevoegdheden in het sociaal domein. Zo bepaalt artikel 8a lid 1 sub d van de Participatiewet dat de gemeenteraad in een verordening de hoogte van de premie moet vastleggen die het college uitkeert aan belanghebbenden wanneer zij gedurende zes maanden additionele werkzaamheden hebben verricht en gedurende die zes maanden voldoende hebben meegewerkt aan het vergroten van de kans op inschakeling in het arbeidsproces. Op grond van jurisprudentie gewezen onder de voorloper van de Participatiewet, de Wet werk en bijstand, is meermaals geoordeeld dat de gemeenteraad de bevoegdheid tot vaststelling van de hoogte van die premie niet mag delegeren omdat de wetgever dit expliciet aan hem heeft opgedragen.⁸ Onder de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en diens voorganger is soortgelijke jurisprudentie gewezen.⁹ Een tweede factor die een rol speelt bij de vraag of de aard van de bevoegdheid zich tegen delegatie verzet, betreft de verhouding tussen het delegerende orgaan en het orgaan dat de bevoegdheid gedelegeerd krijgt. Duidelijke voorbeelden daarvan zijn de bevoegdheden van de raad uit artikel 35 lid 1 en artikel 49 Gemeentewet om wethouders te benoemen en te ontslaan. Het is ondenkbaar dat de raad deze bevoegdheden zou mogen

5 Broeksteeg 2010, p. 358.

6 Broeksteeg 2010, p. 352.

7 Bijvoorbeeld *Gst.* 1997/7052, nr. 10, m.nt. J.M.H.F. Teunissen; *Gst.* 1999/7098, nr. 2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens. In beide zaken betrof het verboden delegatie van de bevoegdheid van de gemeenteraad tot het vaststellen van een bestemmingsplan.

8 Rechtbank Limburg 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7917, r.o. 11; Rechtbank Limburg 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7919, r.o. 11; CRvB 10 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK2862, r.o. 4.4.2. Zie bijvoorbeeld ook *Gst.* 2008/7304, nr. 115, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

9 Rechtbank Noord-Holland 19 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:304; Rechtbank 's-Gravenhage 24 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6114.

delegeren aan het college aangezien het college dan over zijn eigen benoeming en ontslag zou kunnen beslissen. Andere voorbeelden zijn de bevoegdheid van de raad om te besluiten dat het wethouderschap in deeltijd kan worden uitgeoefend (artikel 36 lid 2 Gemeentewet) en de bevoegdheid van de raad om te regelen van welke collegebesluiten aan de raad kennisgeving wordt gedaan (artikel 60 lid 1 Gemeentewet).¹⁰

De ratio van het verbieden van delegatie van de zojuist genoemde bevoegdheden ligt in het feit dat het college te veel in een onafhankelijke relatie ten opzichte van de raad zou komen te staan wanneer het bijvoorbeeld over zijn eigen benoemingen zou kunnen besluiten. De bevoegdheid uit artikel 60 lid 1 Gemeentewet kan daarnaast niet worden gedelegeerd omdat dit het college te veel invloed zou geven over het functioneren van de raad. Achter deze delegatieverboden zit daarom een soort rechtsstatelijke gedachte dat het college geen *judge, jury and executioner* zou moeten zijn. Achter het verbod om bepaalde bevoegdheden genoemd in artikel 156 lid 2 Gemeentewet te delegeren, zitten dan weer eerder gedachten over democratie. Het opleggen van belastingen en het vaststellen van straffen op overtreding van gemeentelijke verordeningen dient democratisch gelegitimeerd te zijn.¹¹ Naast de verhouding tussen organen of de legitimatie ervan, kan de ratio van het verbieden van delegatie aan een bepaald orgaan ook gelegen zijn in de functie van dat concrete orgaan. In een uitspraak uit de jaren 90 verbood de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State delegatie van de bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan aan het bestuur van een bij gemeenschappelijke regeling ingesteld openbaar lichaam wegens strijd met artikel 10 Wet Ruimtelijke Ordening (WRO) (oud). Bij het vaststellen van het bestemmingsplan diende een objectieve afweging plaats te vinden van alle betrokken belangen. Het bestuur van het openbaar lichaam had volgens de Afdeling een te beperkte en eenzijdige taakstelling om dit te kunnen doen. In dit concrete geval verzette de aard van de bevoegdheid uit de WRO zich daarom tegen delegatie.¹² De zaak illustreert dat de functie van het ontvangende orgaan doorslaggevend kan zijn voor de vraag of delegatie is toegestaan aangezien in een eerdere zaak delegatie van dezelfde bevoegdheid aan een deelgemeenteraad in Amsterdam, met een algemene en brede taakstelling, wel toelaatbaar werd geacht.¹³

Zoals gezegd bepaalt ook artikel 165 dat de aard van de bevoegdheid zich tegen delegatie kan verzetten. Informatie over wanneer dat het geval is, is nauwelijks voorhanden. Uit de rechtspraak zijn geen voorbeelden bekend en in de parlementaire geschiedenis wordt voor een toelichting op de aan overdracht gestelde beperkingen alleen verwezen naar de toelichting bij artikel 156, waar op zijn beurt ook vrijwel niets bij vermeld staat.¹⁴ Hoewel er over artikel 165 Gemeentewet

10 *Kamerstukken I* 1990/91, 19403, nr. 64b, p. 4-5.

11 Kortmann 2004b.

12 *Gst.* 1999/7098, nr. 2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

13 *Gst.* 1997/7066, nr. 4, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

14 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 3, p. 112.

dus zelf geen jurisprudentie beschikbaar is, is het logisch aan te sluiten bij de jurisprudentie over artikel 156. Ook voor het college geldt immers dat de wetgever bevoegdheden exclusief aan hem kan hebben toegekend. Of er ook collegebevoegdheden zijn die niet overgedragen kunnen worden vanwege de institutionele verhoudingen op lokaal niveau, net als dat het geval is bij bevoegdheden van de raad, is moeilijk te zeggen. Het valt te verdedigen dat bepaalde bevoegdheden naar hun aard niet overgedragen kunnen worden omdat dit te veel de institutionele positie van het college zou aantasten. Dat is zeker het geval nu het college sinds de dualisering meer een zelfstandige positie naast de raad heeft verkregen met eigen taken en bevoegdheden. Zo zou betoogd kunnen worden dat de primaire taak van het college, namelijk het voeren van het dagelijks bestuur van de gemeente, in gevaar kan komen wanneer het college niet meer zelf zou beschikken over de bevoegdheid tot het benoemen, schorsen en ontslaan van ambtenaren uit artikel 160 lid 1 sub d. Toch lijkt het er al met al op dat collegebevoegdheden zich minder snel naar hun aard zullen verzetten tegen overdracht.

Het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling

Het laatste punt dat met betrekking tot delegatie op gemeentelijk niveau behandeld moet worden, betreft het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling. Dit stelsel houdt kort gezegd in dat er alleen bevoegdheden kunnen worden geattribueerd en gedelegeerd aan organen met een grondslag in een formele wet.¹⁵ Het gesloten stelsel is daarmee een uitdrukking van het legaliteitsbeginsel.¹⁶ Naast de raad, het college en de burgemeester kunnen er bevoegdheden worden geattribueerd of gedelegeerd aan gemeentelijke commissies en bepaalde ambtenaren zoals de belastinginspecteur uit artikel 231 lid 2 sub b Gemeentewet. In andere formele wetten zijn geen grondslagen te vinden voor het toekennen van publiekrechtelijke bevoegdheden aan andere organen dan deze die in de Gemeentewet zijn genoemd. Dat is ook wel te verklaren vanuit de gedachte dat de Gemeentewet een systeemwet is waarin de organisatiestructuur van gemeenten hoort te zijn vastgelegd. Hoewel het mag, is het ongewenst om in andere wetten belangrijke aanvullingen op of afwijkingen van de Gemeentewet op te nemen.¹⁷ Dit is dan ook tot op heden niet gebeurd.

In de rechtspraak is het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling enkele malen naar voren gekomen. Een klassieke uitspraak betreft een zaak uit 1993 bij de voorzitter van de (toenmalige) Afdeling Rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het festival Pinkpop. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Landgraaf had aan één organisatie een algemene standplaatsvergunning verleend. Op basis van die vergunning verdeelde deze organisatie vervolgens een aantal standplaatsen onder derden zonder dat het college daar nog enige bemoeienis bij had. De voorzitter oordeelde dat dit neerkwam op een

15 Zie uitgebreid Zijlstra 1997, p. 349-363.

16 Van Ommeren 2016, p. 49-60; Uitgebreid Van Ommeren 1996.

17 Vgl. artikel 115 lid 1 Gemeentewet.

‘ingevolge de gemeentewet niet toegestane overdracht van de bij en krachtens die wet aan burgemeester en wethouders opgedragen publiekrechtelijke taken en bevoegdheden’.¹⁸ Een meer recent voorbeeld van rechtspraak waarin het gesloten stelsel naar voren komt, betreft een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant uit 2018. Daarin toetste de rechtbank ambtshalve of een subsidieregeling die was vastgesteld door de privaatrechtelijke Stichting Cultuur Eindhoven (hierna: SCE) kon worden aangemerkt als wettelijk voorschrift. De rechtbank oordeelde dat daarvan geen sprake kon zijn omdat de stichting naar burgerlijk recht niet de bevoegdheid had wettelijke voorschriften vast te stellen. Volgens de rechtbank was de bevoegdheid daartoe niet door de raad gedelegeerd en zou dat ook niet hebben gekund zonder in strijd te zijn met artikel 10:15 Awb gelezen in samenhang met artikel 156 lid 1 Gemeentewet.¹⁹ Met die laatste overweging doelt de rechtbank op het feit dat de Gemeentewet geen grondslag biedt voor het overdragen van verordenende bevoegdheid aan privaatrechtelijke rechtspersonen. Er bestaat op gemeentelijk niveau, met andere woorden, een gesloten stelsel. Dat blijkt ook uit een toelichting van de regering op artikel 10:15 Awb bij de introductie van de derde tranche van de Awb. De regering merkt op dat bij autonome bevoegdheden de grondslag voor delegatie gezocht moet worden in de autonome verordening waarin de bevoegdheid is neergelegd. Maar: ‘een en ander laat onverlet, dat de organieke wetgeving grenzen kan stellen en heeft gesteld aan de mogelijkheid om bij autonome verordening delegatie toe te staan. Zo geven Provincie- en Gemeentewet limitatieve opsommingen van de organen waaraan kan worden gedelegeerd’.²⁰ De raad mag dus wel autonome bevoegdheden delegeren, maar alleen aan die organen die een plaats hebben gekregen in een formele wet.

Met betrekking tot dit laatste punt dient nog wel gewezen te worden op de uitspraak in hoger beroep van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak SCE. Daarin lijkt de Afdeling namelijk een uitzondering op het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling te suggereren. Net als de rechtbank oordeelt de Afdeling dat SCE niet bevoegd was om subsidiebesluiten te nemen omdat deze bevoegdheid haar niet bij wettelijke grondslag was toegekend. Ook de Afdeling hield dus onverkort vast aan het vereiste van een wettelijke grondslag uit artikel 4:23 Awb. Deze principiële keuze leverde vervolgens wel een probleem op. De zaak kwam in eerste instantie voort uit een subsidieverstrekking door SCE aan een bibliotheek in Eindhoven. De bibliotheek was in bezwaar gegaan tegen deze beslissing omdat ze meende dat het toegekende bedrag te laag was. Het bezwaar werd door SCE gegrond verklaard, maar het toegekende bedrag werd niet verhoogd, waarop de bibliotheek in beroep ging bij de rechtbank. Omdat de Afdeling net als de rechtbank oordeelde dat SCE überhaupt niet bevoegd was om subsidies toe te kennen, werd de beslissing op bezwaar vernietigd, waardoor het bezwaar van de bibliotheek weer open kwam te liggen. Dat leverde een probleem op omdat

18 AB 1994/333, m.nt. S.E. Zijlstra.

19 Rb. Oost-Brabant 30 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2592, r.o. 5 en 6.

20 Kamerstukken II 1994/95, 23700, nr. 5, p. 121.

SCE ondertussen niet meer bevoegd was om op dit bezwaar te beslissen en SCE het gebrek aan een wettelijke bevoegdheid ook niet zelf kon repareren. De Afdeling onderkende dit en droeg als potentiële oplossing aan dat de gemeenteraad het gebrek aan een wettelijke grondslag bij gemeentelijke verordening zou kunnen repareren. Op dit punt wijkt de uitspraak af van het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling. Volgens dat stelsel kan de gemeenteraad namelijk helemaal geen publiekrechtelijke bevoegdheden toekennen aan privaatrechtelijke rechtspersonen.

Uit de uitspraak wordt niet duidelijk of de Afdeling ook daadwerkelijk de bedoeling heeft gehad een uitzondering op het gesloten stelsel te formuleren en om af te wijken van de uitspraak in de Pinkpop-zaak die hiervoor is genoemd. De oplossing die door de Afdeling wordt aangedragen wordt niet opgelegd, maar als optie meegegeven aan de gemeente Eindhoven. De Afdeling stelt dat de gemeenteraad ook de politieke keuze kan maken om aan SCE geen bevoegdheid tot het verstrekken van subsidies toe te kennen bij gemeentelijke verordening. In dat geval kunnen privaatrechtelijke rechtspersonen zoals SCE in staat worden gesteld tot het verdelen van publieke middelen door gebruik te maken van privaatrechtelijke constructies.²¹ Privaatrechtelijke rechtspersonen als SCE verstrekken in dat geval geen subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb omdat SCE dan geen buitenwettelijk b-orgaan en dus geen bestuursorgaan is.²² Dat betekent dat er ook geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat tegen beslissingen van dit soort rechtspersonen. Wellicht dat de Afdeling deze uitkomst niet voor wenselijk hield en de gemeente daarom een andere optie aanbood waarbij bestuursrechtelijke rechtsbescherming wel in stand zou blijven. Dat zou passen in de redenering van de Afdeling om überhaupt buitenwettelijke b-organen te erkennen. Tegelijkertijd is het vreemd dat de Afdeling in een uitspraak waarin principieel wordt vastgehouden aan het vereiste van een wettelijke grondslag voor het verstrekken van subsidies, en dus aan het legaliteitsbeginsel, een optie aanreikt die neerkomt op een uitzondering op datzelfde legaliteitsbeginsel. Het is nog niet te zeggen of met deze uitspraak daadwerkelijk een uitzondering op het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling in de jurisprudentie is ontwikkeld. Als daar uiteindelijk toch sprake van blijkt te zijn, dan mag worden aangenomen dat deze uitzondering alleen betrekking heeft op bevoegdheden die zien op het verstrekken van subsidies.

4.2.3 *Mandaat*

Mandaat wordt in artikel 10:1 Awb omschreven als: de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen. Daarmee is gelijk een van de kenmerkende verschillen met delegatie gegeven, namelijk dat er bij mandaat geen bevoegdheid wordt overgedragen. De gemandateerde besluit alleen in naam van de mandaatgever. Deze laatste blijft ten aanzien van de gemandateerde bevoegdheid zelf bevoegd, aldus artikel 10:7 Awb. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid voor het uitoefenen van de bevoegdheid blijft berusten bij de

21 AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden. Zie daarover paragraaf 4.4.2.

22 Zie daarover paragraaf 4.4.2.

mandaatgever. De verantwoordelijkheid volgt immers altijd de bevoegdheid. Artikel 10:2 Awb bepaalt dit met zoveel woorden: een door de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid genomen besluit geldt als een besluit van de mandaatgever. De definitie uit artikel 10:1 Awb laat overigens zien dat de bepalingen over mandaat in eerste instantie betrekking hebben op het nemen van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Net als bij delegatie geldt echter dat er een schakelbepaling in de Awb is opgenomen (artikel 10:12 Awb) die de bepalingen omtrent mandaat van overeenkomstige toepassing verklaart wanneer een bestuursorgaan aan een ander, onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam, volmacht verleent tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen of machtiging verleent tot het verrichten van handelingen die noch een besluit, noch een privaatrechtelijke rechtshandeling zijn. Mandaat kan verder volgens artikel 10:5 lid 1 Awb voor een bepaald geval worden verleend maar er kan ook een algemeen mandaat worden gegeven. In het laatste geval moet dat altijd schriftelijk gebeuren. Uit jurisprudentie blijkt daarnaast dat het mandaatbesluit, of dat nu algemeen is of ziet op een bepaald geval, voldoende duidelijk moet zijn over de bevoegdheid die gemandateerd wordt. Het mag niet aan de gemandateerde worden overgelaten om de precieze uitwerking van de mandaatverlening te bepalen.²³

Een tweede kenmerkend verschil met delegatie is dat voor mandaat geen wettelijke grondslag vereist is. Elk bestuursorgaan is in beginsel bevoegd tot het verlenen van mandaat, wat terug te vinden is in artikel 10:3 lid 1 Awb. Daarin staat ook dat geen mandaat wordt verleend wanneer dat bij wettelijk voorschrift is bepaald of wanneer de aard van de bevoegdheid zich tegen mandaatverlening verzet. Een voorbeeld van een wettelijk voorschrift dat mandaatverlening verbiedt, is artikel 10:3 lid 2 sub a Awb, waarin is bepaald dat de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften niet kan worden gemandateerd tenzij bij de verlening van deze bevoegdheid in mandaatverlening is voorzien. Wat betreft de vraag of de aard van de bevoegdheid zich tegen mandaatverlening verzet, kan onderscheid gemaakt worden tussen verzet in abstracte zin en verzet in concrete zin.²⁴ Een bevoegdheid verzet zich in abstracto tegen mandaatverlening wanneer dit onder alle omstandigheden als onwenselijk moet worden beschouwd, zoals het mandateren van de bevoegdheid tot het nemen van een besluit waarvan is bepaald dat het met versterkte meerderheid moet worden genomen (artikel 10:3 lid 2 sub b Awb). Een ander voorbeeld is het mandateren van de bevoegdheid van de burgemeester tot het uitvaardigen van noodbevelen.²⁵ In de memorie van antwoord bij de invoering van de bepalingen over mandaat ging de regering verder nog in op de mogelijkheid voor toezichthouders om hun bevoegdheden te mandateren. Volgens de regering verzette de aard van de bevoegdheid zich tegen deze mandaatverlening omdat de toezichthouders in de aanwijzingsbesluiten

23 Schlössels en Zijlstra 2017, p. 111-112, zie rechtspraak in noot 3; Broeksteeg 2009, p. 376.

24 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 170; Schlössels en Zijlstra 2017, p. 108; Dölle 2000, p. 24; Severijnen 2003, p. 26.

25 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 170.

‘met name en met aanduiding van hun functie [zijn] aangewezen’.²⁶ De vraag of een bevoegdheid zich in concreto tegen mandaatverlening verzet, komt vooral in de jurisprudentie naar voren omdat rechters ambtshalve moeten toetsen of er geldig mandaat is verleend en of een besluit binnen de grenzen van het mandaat is gebleven.²⁷ Bij verzet in concreto is het de vraag of de bevoegdheid zich in dit geval in deze vorm aan deze gemandateerde onder deze voorwaarden verzet tegen mandatering.²⁸ De rechtspraak hierover is uit de aard der zaak erg casuïstisch, maar vooral van belang is of het uitoefenen van de bevoegdheid past in de normale bevoegdheidsuitoefening van de gemandateerde.²⁹ In de Memorie van Toelichting bij de derde tranche van de Awb wordt als voorbeeld van niet-toegestane mandatering genoemd het mandateren van de bevoegdheid om verblijfsvergunningen te verlenen aan de directeur Financieel-Economische Zaken van een gemeente.³⁰ Dölle noemt als voorbeeld het mandateren van de bevoegdheid tot het verlenen van parkeeronthefingen aan een buurtvereniging.³¹ In beide gevallen staat de uit te oefenen bevoegdheid te ver af van de normale werkzaamheden van de gemandateerde.

Voor de vraag of een bevoegdheid in mandaat kan worden uitgeoefend is dus relevant aan wie of wat wordt gemandateerd. In beginsel is mandaat een constructie die dient te worden gebruikt binnen hiërarchische relaties.³² Omdat de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de bevoegdheid bij mandaat niet verschuift van de mandaatgever naar de gemandateerde, dient de eerste te beschikken over middelen om de uitoefening van de bevoegdheid te kunnen sturen. Dat is het geval wanneer gemandateerd wordt aan personen (ambtenaren) die rechtspositioneel ondergeschikt zijn aan de mandaatgever. De mandaatgever beschikt dan immers over instructie- en sanctiebevoegdheden om de uitoefening van de bevoegdheden te beïnvloeden. Naast mandaat aan ondergeschikten kan er ook gemandateerd worden aan niet-ondergeschikten. Zijlstra onderscheidt ten aanzien daarvan drie varianten, namelijk (a) niet-ondergeschikten binnen dezelfde bestuurslaag, (b) niet-ondergeschikten in een andere bestuurslaag en (c) niet-ondergeschikten buiten de overheidssfeer.³³ In de eerste variant kan gedacht worden aan mandaat van een minister aan een zelfstandig bestuursorgaan of aan een ambtenaar van een ander ministerie. Van de tweede variant is bijvoorbeeld sprake wanneer een minister een bevoegdheid mandateert aan een burgemeester. Zijlstra merkt op dat rechters grote moeite hebben met deze variant omdat bevoegdheden op deze wijze in verschillende provincies of gemeenten op verschillende manieren zouden kunnen worden uitgeoefend.³⁴ Daarnaast zou deze vorm van mandaatverlening neerkomen op het vorderen van medebewind van

26 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 112. Vgl. de hiervoor behandelde jurisprudentie over delegatieverboden en de bedoeling van medebewindswetgevers.

27 ABRvS 4 april 2007, *JB* 2007/101; CRvB 3 maart 2004, *JSV* 2004/70; ABRvS 7 mei 2014, *Gst.* 2014/92.

28 Schlössels en Zijlstra 2017, p. 108; Dölle 2000, p. 24.

29 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 170.

30 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 170.

31 Dölle 2000, p. 33.

32 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 167.

33 Zijlstra 2009, p. 23-24.

34 Het is de vraag of dit vandaag de dag nog steeds als problematisch wordt beschouwd. Immers wordt er al een aantal jaar gepleit door allerlei instanties, inclusief de Rijksoverheid, voor meer differentiatieruimte tussen gemeenten.

decentrale overheden, waarvoor artikel 124 lid 2 Grondwet een formeelwettelijke grondslag verplicht stelt.³⁵ Bij de derde variant, mandaat aan niet-ondergeschikten buiten overheidsverband, komen al snel problematische aspecten naar voren die vooral betrekking hebben op het uitoefenen van publieke bevoegdheden door niet-publieke actoren.³⁶ De transparantie en herkenbaarheid van de overheid neemt er bijvoorbeeld door af en in het geval van commerciële partijen is het de vraag of het verstandig is hen te belasten met de behartiging van het openbaar belang.³⁷ Zeker bij deze variant zal snel worden aangenomen dat het uitoefenen van de gemandateerde bevoegdheden niet past in de normale werkzaamheden van de gemandateerde, die immers niet in de publieke sfeer zullen liggen, en dat de aard van de bevoegdheid zich daarom tegen mandaat verzet.

Hoewel mandaat aan niet-ondergeschikten dus is toegestaan, doet het vreemd aan omdat er geen hiërarchische relatie bestaat tussen de mandaatgever en de gemandateerde. Daarom zijn er in de Awb ten aanzien van deze vorm van mandaat extra waarborgen opgenomen. Zo bepaalt artikel 10:4 lid 1 Awb dat de niet-ondergeschikte gemandateerde, anders dan bij mandaat aan ondergeschikten, moet instemmen met de mandaatverlening. Het idee daarachter is dat de gemandateerde zich door middel van instemming verplicht de aanwijzingen van de mandaatgever op te volgen, waardoor deze net als bij mandaat aan ondergeschikten de wijze van uitoefening van de bevoegdheid kan beïnvloeden. Dit is met zoveel woorden ook terug te vinden in artikel 10:6 lid 1 Awb, waarin is bepaald dat de mandaatgever per geval of in het algemeen instructies kan geven over de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid. Ten aanzien van mandaat aan niet-ondergeschikten is daarnaast in afwijking van mandaat aan ondergeschikten in artikel 10:5 lid 2 bepaald dat ook mandaat voor een bepaald geval altijd schriftelijk dient te worden verleend.

Ten slotte verdient met betrekking tot mandaat nog een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bijzondere vermelding. In die zaak had een burger aan de Stichting Pensioenfonds Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP) op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) verzocht om hem alle correspondentie te sturen die betrekking had op een door het ABP genomen besluit over een door hem aangevraagde voorziening en de daaropvolgende beslissing op bezwaar. Artikel 3 lid 1 Wob bepaalt dat een informatieverzoek kan worden gericht tot een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Het ABP was door de minister van Defensie gemandateerd om te beslissen over de aangevraagde voorziening. Uit deze mandaatverlening leidde de Afdeling af dat het ABP beschouwd moest worden als een onder verantwoordelijkheid van de minister werkzame instelling, dienst of bedrijf, waardoor de bepalingen uit de Wob van

35 Zijlstra 2009, p. 24.

36 Rechtspraak hierover is schaars. Voor een aantal voorbeelden zij verwezen naar Schlössels en Zijlstra 2017, p. 111.

37 Zijlstra 2009, p. 25; Severijnen 2003, p. 23.

toepassing waren.³⁸ Deze uitspraak laat zien dat met het verkrijgen van een mandaat de gemandateerde niet alleen met normen uit de Awb geconfronteerd wordt, maar ook met bestuursrechtelijke normering uit andere wetten.

4.2.4 *Tussenconclusie: attribueren, delegeren of mandateren aan initiatieven*

Als gemeentebesturen initiatieven juridische zeggenschap willen laten uitoefenen in het publieke domein, dan dienen zij gebruik te maken van attributie, delegatie of mandaat. Deze instrumenten bieden mogelijkheden, maar stellen tegelijkertijd zowel qua vorm als inhoud grenzen aan het uitoefenen van zeggenschap door burgerinitiatieven. Een van de voor de praktijk belangrijkste beperkingen is dat er alleen bevoegdheden kunnen worden geattribueerd of gedelegeerd aan organen die genoemd zijn in een wet in formele zin. Concreet komt dit gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling erop neer dat bijvoorbeeld een initiatief als de Coöperatieve Wijkraad alleen over eigen publiekrechtelijke bevoegdheden kan beschikken wanneer het wordt ingesteld als bestuurscommissie in de zin van artikel 83 Gemeentewet. Zoals hierna uitgebreid zal worden toegelicht, wordt het daardoor automatisch een onderdeel van de gemeentelijke overheid en is publiekrechtelijke normering van toepassing. Mocht dit passen in de opzet van een initiatief, dan kan er door middel van delegatie serieuze zeggenschap worden overgedragen. Kanttekening daarbij is nog wel dat de aard van de bevoegdheid zich niet tegen delegatie mag verzetten. Daarvan is sprake wanneer (a) de wetgever de bedoeling heeft gehad de bevoegdheid exclusief aan een orgaan toe te kennen, (b) delegatie leidt tot scheve verhoudingen tussen het delegerende orgaan en het orgaan dat de bevoegdheid gedelegeerd krijgt en (c) voor het uitoefenen van de bevoegdheid een bijzondere legitimatie of taakomschrijving vereist is.

Wanneer een initiatief geen bestuurscommissie wenst te zijn, dan kan het in beginsel gemandateerd worden om bepaalde bevoegdheden uit te oefenen. Voor mandaat is namelijk geen wettelijke grondslag vereist en mandaat kan eventueel ook worden verleend aan niet-ondergeschikte niet-publieke actoren. Het is alleen de vraag welke bevoegdheden in dat geval nog voor mandaat in aanmerking komen. Mandaat kan namelijk niet worden verleend wanneer de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet. Sommige bevoegdheden verzetten zich in algemene zin, en komen überhaupt niet voor mandaat in aanmerking. Andere kunnen zich in concreto tegen mandaatverlening verzetten. In de afweging of dat het geval is, weegt de positie van de gemandateerde zwaar mee. Een positie buiten de overheid zal niet bevorderlijk zijn voor een positieve uitkomst. Bij dit alles moet in het achterhoofd worden gehouden dat hoewel de mandaatfiguur eventueel zou kunnen worden aangewend om initiatieven buiten de overheid in staat te stellen zeggenschap uit te laten oefenen in het publieke domein, het instrument hier zeker niet voor in het leven is geroepen. Ook over de band van mandaat zijn daarom de mogelijkheden om initiatieven zeggenschap in het publiek domein te geven zonder het als onderdeel van de overheid te organiseren naar alle waarschijnlijkheid zeer beperkt.

38 ABRvS 21 februari 2018, nr. 201703221/1/A3.

4.3 Het commissiestelsel

Als het gemeentebestuur besluit om burgers binnen een publiekrechtelijke context bij het gemeentelijk beleid te betrekken, al dan niet door bevoegdheden te attribueren, delegeren of mandateren, dan dient gebruikgemaakt te worden van het gemeentelijke commissiestelsel uit de artikelen 82 tot en met 86 Gemeentewet. In deze paragraaf wordt behandeld hoe dit commissiestelsel is ontstaan, hoe het is opgezet en welke mogelijkheden het biedt om burgerinitiatieven zoals de Coöperatieve Wijkraad de zeggenschap te geven waar zij naar streven.

4.3.1 *De introductie in 1964*

In 1964 werd in de Gemeentewet de mogelijkheid geïntroduceerd om binnen-gemeentelijk te decentraliseren door middel van het instellen van commissies. De regering hoopte hiermee drie doelen te bereiken, waarvan de eerste twee ook aan veel hedendaagse democratische initiatieven ten grondslag liggen. Men wilde allereerst de relatie tussen bestuurders en bestuurden versterken door voor die laatsten meer mogelijkheden te creëren om binnen het gemeentebestuur actief te zijn. De gedachte was dat als meer burgers zouden kunnen participeren in het gemeentebestuur, de belangstelling en het begrip voor het werk van dat bestuur zouden toenemen. Daarnaast wilde men door burgers bij het bestuur te betrekken de in de maatschappij aanwezige bestuurskracht en kennis aanwenden voor de publieke zaak. Verder hoopte men dat binnengemeentelijk decentralisatie zou leiden tot een vermindering van de werkdruk van raadsleden, die het met de groei van de verzorgingsstaat alleen maar drukker hadden gekregen. Veel gemeentebesturen streefden deze doelstellingen al na vóór de introductie van het commissiestelsel, maar waren daarvoor aangewezen op privaatrechtelijke constructies. De wetswijziging moest hen de beschikking geven over publiekrechtelijke middelen. Daarvan werd aangegeven dat deze de voorkeur verdienden boven privaatrechtelijke vormen, tenzij privaatrechtelijke constructies in het bijzonder aangewezen moesten worden geacht om het openbare belang te dienen.³⁹

Met de wetswijziging werden er vier soorten commissies geïntroduceerd. Er was een variant om territoriaal te decentraliseren, waarbij aan wijkraden werd gedacht, en een variant voor functionele decentralisatie, die bijzondere raden werden genoemd.⁴⁰ Daarnaast kon de raad vaste adviescommissies voor het college en/of de burgemeester instellen en konden het college en de burgemeester zelf ook eigen adviescommissies in het leven roepen. De nadruk werd in het wetsvoorstel vooral gelegd op de territoriale en functionele commissies. Aan deze commissies konden door de raad bevoegdheden van zowel de raad als het college worden overgedragen. Vier bevoegdheden waren daarbij van overdracht

39 *Kamerstukken II 1961/62, 6627, nr. 3, p. 3.* Vgl. het huidige artikel 160 lid 2 Gemeentewet.

40 Territoriale commissies richtten zich primair op de uitoefening van meerdere bevoegdheden voor een bepaald gebied binnen een gemeente. Functionele commissies richtten zich op de uitoefening van een specifieke taak, zoals sociale zekerheid en groenvoorziening, vergelijkbaar met zelfstandige bestuursorganen.

uitgesloten: het vaststellen van de begroting, het vaststellen van de rekening, het vaststellen van verordeningen door straf of dwang te handhaven en het heffen van belastingen.⁴¹ In het huidige artikel 156 lid 2 zijn deze beperkingen nog steeds terug te vinden. Bevoegdheden van de burgemeester waren geheel uitgesloten van overdracht aan commissies. Vooral van functionele commissies had men hoge verwachtingen omdat men ervan uitging dat burgers eerder bereid zouden zijn op een deelterrein bij te dragen aan het werk van een commissie wanneer deze daadwerkelijk over bevoegdheden zou beschikken.

In het wetsvoorstel waren geen bepalingen opgenomen over de samenstelling van de verschillende commissies. De regering wilde daarmee gemeenteraden zoveel mogelijk vrijheid geven om zelf te bepalen hoe en met wie de commissies gevuld zouden worden.⁴² Commissies mochten zodoende op allerlei wijzen worden samengesteld, waarbij het zelfs mogelijk was een commissie geheel uit niet-ingezetenen van de gemeente te laten bestaan. Wel moest de raad, voor zover dat in verband met de aard en omvang van overgedragen (niet-adviserende) bevoegdheden nodig was, een regeling treffen voor de werkwijze van de commissie, de openbaarheid van vergaderingen, de voorbereiding, de uitvoering en de openbaarmaking van besluiten van de commissie, het toezicht van de raad of van het college op de uitoefening van bevoegdheden door de commissie, de verhouding van de toegekende bevoegdheden tot die van de andere organen van de gemeente, en de verantwoording aan de raad. De gedeputeerde staten werden belast met het toezicht op deze regelingen.⁴³

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer plaatsten een aantal leden kritische kanttekeningen bij elementen van het wetsvoorstel. Sommigen meenden dat het wetsvoorstel een ingrijpende wijziging aanbracht op het uitgangspunt dat het bestuur in gemeenten werd uitgeoefend door gekozen raadsleden die om de vier jaar verantwoording aflegden aan de ingezetenen.⁴⁴ Zoals gezegd hoefden raadsleden namelijk geen onderdeel uit te maken van commissies met bevoegdheden. Daarnaast waren sommige leden bezorgd over de uniformiteit van het gemeentebestuur in Nederland en de eenheid van beleid binnen gemeenten. Zij vroegen zich af of de mogelijkheid tot het instellen van functionele en territoriale commissies niet zou leiden tot een versplintering van gemeentelijk beleid en tot afstemmingsproblemen.⁴⁵ De reactie van minister van Binnenlandse Zaken Toxopeus op het eerste bezwaar was tweeledig. Enerzijds vond er volgens hem feitelijk al overdracht plaats van bestuursbevoegdheden aan niet-gekozenen doordat gemeenten gebruikmaakten van privaatrechtelijke constructies om burgers bij het bestuur te betrekken.⁴⁶ Anderzijds meende hij dat het betrekken van burgers bij het bestuur en het zodoende aanwenden van in de maatschappij aanwezige kennis en expertise onvermijdelijk met zich meebracht dat bestuursbevoegdheden deels in de handen

41 *Kamerstukken II* 1961/62, 6627, nr. 2.

42 *Kamerstukken II* 1961/62, 6627, nr. 3, p. 6.

43 *Kamerstukken II* 1961/62, 6627, nr. 2.

44 *Kamerstukken II* 1963/64, 6627, nr. 4, p. 2.

45 *Kamerstukken II* 1963/64, 6627, nr. 4, p. 2.

46 *Handelingen II* 15 april 1964, 6627, p. 1642.

van niet-gekozenen zouden komen te liggen.⁴⁷ Tegen het bezwaar van potentiële versplintering van het gemeentelijk beleid bracht de minister eveneens twee punten naar voren. Hij meende dat de raad en het college zelf konden waken tegen versplintering doordat zij belast waren met het toezicht op de commissies en de commissies zelf verantwoording moesten afleggen aan de raad.⁴⁸ Daarnaast, en veelzeggend, meende hij dat er specifiek in het geval van territoriale decentralisatie niet voor versplintering gevreesd hoefde te worden omdat hij het simpelweg niet zag gebeuren dat een wijkraad van een stadsdeel een geheel ander beleid zou voeren dan de gemeenteraad zelf. Hij zag niet in hoe een gemeenteraad dit zou kunnen dulden. Volgens de minister lag dit anders wanneer het een dorpskern betrof aan de rand van een gemeente, maar dan verdiende het überhaupt de voorkeur om daar een afzonderlijke gemeente van te maken.⁴⁹ Met andere woorden, van territoriale decentralisatie werd niet verwacht dat het een grote vlucht zou nemen. Kamerleden moeten daar hetzelfde over gedacht hebben. De verplichting die de Kamer per amendement aannam om minimaal één raadslid te laten verkiezen in commissies, gold namelijk alleen voor functionele commissies.⁵⁰ Overigens werd tijdens de parlementaire behandeling verder geen aandacht besteed aan het bezwaar dat het commissiestelsel afbreuk zou doen aan de uniformiteit van het gemeentebestuur in Nederland. Blijkbaar achtte de regering en de meerderheid van de Kamers de introductie van het commissiestelsel geen inbreuk op die uniforme bestuursstructuur. Daar valt wat voor te zeggen aangezien elke gemeente in Nederland op dezelfde wijze gebruik kon gaan maken van de commissies. Anderzijds kan toch ook niet anders geconcludeerd worden dan dat het commissiestelsel, doordat er geen commissies verplicht werden voorgeschreven, wel degelijk de mogelijkheid opende, hoe beperkt ook, tot institutionele differentiatie tussen gemeenten.

Ten Berge schreef in zijn proefschrift uit 1978 dat er oorspronkelijk communalistische⁵¹ en corporatistische drijfveren achter de invoering van het commissiestelsel zaten. De bepalingen over territoriale commissies hadden een communalistische achtergrond, terwijl in de bepalingen over functionele commissies het corporatistische gedachtegoed te herkennen was.⁵² Hij merkte op dat de steun voor deze ideologieën ten tijde van de parlementaire behandeling wel al sterk op zijn retour was. De bepalingen die uiteindelijk in de Gemeentewet terechtkwamen, waren dan ook volgens hem van ideologie ontdaan en hadden vooral een technisch karakter.⁵³ Dit kan gezien de tekst van de bepalingen en de parlementaire behandeling van de wet alleen maar beaamd worden. Met de

47 *Kamerstukken II* 1963/64, 6627, nr. 5, p. 3.

48 *Kamerstukken II* 1963/64, 6627, nr. 5, p. 3.

49 *Handelingen II* 15 april 1964, 6627, p. 1642-1643.

50 *Kamerstukken II* 1963/64, 6627, nr. 8. Dit amendement was bedoeld om de eenheid van het gemeentelijk beleid te waarborgen. Het werd overigens door de minister ontraden. Dat deed hij niet omdat hij geen raadsleden plaats wilde zien nemen in de commissies, maar omdat hij meende dat dit toch wel zou gebeuren en omdat het amendement een van de doelstellingen van het wetsvoorstel tegen zou werken, namelijk vermindering van de werkdruk van raadsleden.

51 Zie paragraaf 2.4.1.

52 Ten Berge 1978, p. 46-47.

53 Ten Berge 1978, p. 48.

invoering ervan heeft de wetgever de gemeenteraad een instrument willen geven om uiteenlopende problemen naar eigen inzicht op te lossen, zonder daarbij normatief te willen sturen. Zoals we zullen zien, heeft het commissiestelsel ook later nooit een normatieve lading gekregen, maar is de wetgever zich op organisatorisch vlak wel richtinggevend gaan opstellen.

4.3.2 *De gemeentewet 1992*

De gemeentewetgever van 1992 bracht op het commissiestel uit 1964 nauwelijks inhoudelijke wijziging aan, maar ging wel over tot een behoorlijk grote herstructurering. De expliciete vermelding dat de raad territoriale en functionele commissies kon instellen, verdween uit de gemeentewet. Volgens de regering was het onnodig om dit te vermelden omdat er geen twijfel over behoefde te bestaan dat de raad hiertoe bevoegd was.⁵⁴ In plaats daarvan werd in artikel 82 gemeentewet 1992 in algemene zin bepaald dat de raad commissies kon instellen. Dit werd in de artikelen 83 en 84 gemeentewet 1992 verder uitgewerkt voor commissies waaraan bevoegdheden van de raad respectievelijk het college of de burgemeester waren overgedragen. De raad moest daarbij een regeling treffen voor de verantwoording van de commissie aan de raad en het toezicht dat door ofwel de raad ofwel het college of de burgemeester zou worden uitgeoefend. In artikel 85 gemeentewet 1992 werden een aantal aanvullende zaken ten aanzien van beroepen bezwaarschriftencommissies apart geregeld en artikel 87 gemeentewet 1992 deed hetzelfde voor territoriale commissies waaraan de behartiging van een aanzienlijk deel van de belangen van een deel van de gemeente was opgedragen, oftewel de deelgemeenten. De mogelijkheid voor de raad om vaste commissies van advies voor het college of de burgemeester in te stellen bleef in artikel 91 gehandhaafd. Artikel 92 gemeentewet 1992 deed hetzelfde voor de commissies van advies die het college en de burgemeester voor zichzelf konden instellen.

Naast de herstructurering van de typen commissies, bracht de gemeentewet 1992 nog twee andere wijzigingen van betekenis aan op het commissiestelsel. De eerste betrof een nieuwe verplichting in artikel 87 gemeentewet 1992 om voor zware territoriale commissies verkiezingen te organiseren. Deze verplichting was in de wet opgenomen naar aanleiding van de introductie van artikel 4 Grondwet bij de grondwetsherziening van 1983. Alle Nederlanders hebben op grond van dit artikel het actieve en passieve kiesrecht voor algemeen vertegenwoordigende organen, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen. In paragraaf 4.5 wordt nader ingegaan op de betekenis van dit artikel voor binnengemeentelijke decentralisatie. De tweede wijziging betrof een nieuwe verplichting in artikel 91 lid 3 gemeentewet 1992 voor de raad om vaste commissies van advies aan het college of aan de burgemeester die tevens tot taak hadden het college of de burgemeester van advies te dienen bij de voorbereiding van de besluitvorming in de raad, zo samen te stellen dat er, voor zover het de benoeming van leden van de raad betrof, sprake was van een evenwichtige

54 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 105.

vertegenwoordiging van in de raad vertegenwoordigde groeperingen. De directe aanleiding voor deze bepaling was een besluit uit 1980 van de raad in de gemeente Zevenbergen om bij het samenstellen van vaste commissies van advies één fractie stelselmatig uit te sluiten van deelname.⁵⁵ Toen dit besluit werd aangevochten, bleek dat het twijfelachtig was of tegen dit type besluiten beroep op grond van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (wet Arob) mogelijk was. De regering besloot daarop na aandringen van de PvdA- en D66-fractie in de Tweede Kamer bij nota van wijziging de hiervoor genoemde bepaling in de Gemeentewet op te nemen om zo potentiële toekomstige problemen te kunnen ondervangen.⁵⁶ De bepaling was expliciet bedoeld om raadsminoriteiten te beschermen zodat zij hun oppositietaken goed zouden kunnen vervullen. De bepaling had niet ten doel voor te schrijven dat alle raadsfracties onder alle omstandigheden in alle vaste commissies van advies vertegenwoordigd moesten zijn. Er moest slechts een zekere spreiding over de raadsfracties van de zetels in vaste commissies van advies gerealiseerd worden.⁵⁷

Er zijn ten slotte aan de wetwijziging uit 1992 nog twee zaken vermeldenswaardig. Allereerst werd de bepaling geschrapt dat in functionele bestuurscommissies minstens één lid van de raad moest worden gekozen. Het is gissen naar de reden om deze bepaling niet over te nemen, want de parlementaire stukken zwijgen er in alle toonaarden over. Waarschijnlijk vond men de bepaling onnodig omdat men ervan uitging dat deze commissies toch wel voor minstens een deel uit raadsleden zouden bestaan en anders was achteraf ingrijpen altijd nog mogelijk. Ten tweede werd het mogelijk om bevoegdheden van de burgemeester over te dragen aan commissies. Alleen op verzoek van de burgemeester zelf mocht de raad daartoe overgaan en bepaalde bevoegdheden waren van overdracht uitgesloten, zoals de bevoegdheid om noodverordeningen uit te vaardigen.

4.3.3 *De Gemeentewet 2002*

De grootschalige wijziging van de Gemeentewet in 2002 had logischerwijs ook gevolgen voor het commissiestelsel. De ontvlechting van de posities van de raad en het college moest allereerst ook tot uitdrukking komen in de manier waarop commissies werden ingesteld en hoe zij functioneerden. Daarnaast wilde de regering met de wetwijziging de bepalingen ten aanzien van de commissies systematisch verbeteren en de terminologie in overeenstemming brengen met de praktijk.⁵⁸ De algemene grondslag voor de raad om commissies in te stellen uit de oude gemeentewet, werd niet in de nieuwe wet overgenomen. In plaats daarvan bepaalt de Gemeentewet sinds 2002 specifiek en limitatief welke soorten commissies er kunnen worden ingesteld. De belangrijkste daarvan zijn de raadscommissie (artikel 82 Gemeentewet), de bestuurscommissie (artikel 83 Gemeentewet) en de andere

55 *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 10, p. 175.

56 *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 11.

57 *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 10, p. 175-176.

58 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. A, p. 21.

commissie (artikel 84 Gemeentewet). Daarnaast is het op grond van artikel 81oa Gemeentewet mogelijk een rekenkamercommissie in te stellen als vervanging van een rekenkamer. Verder bestaat er nog de mogelijkheid een gemeentelijke ombudscommissie in te stellen op grond van artikel 81w Gemeentewet. Ten slotte kan de raad in het kader van zijn onderzoeksbevoegdheden op grond van artikel 155a Gemeentewet een gemeentelijke enquêtecmissie instellen. Onder het regime van de gemeentewet 1992 was de raad bevoegd om commissies voor het college en de burgemeester in te stellen. Sinds de dualisering en de scheiding van de posities als gevolg daarvan is elk orgaan zelf bevoegd om zijn eigen commissies in te stellen. Op de inmiddels niet meer bestaande mogelijkheid om deelgemeenten in te stellen, wordt in paragraaf 4.3.4 apart ingegaan. De rekenkamercommissie en de onderzoekscommissie worden in hoofdstuk 8 behandeld.

Artikel 82 Gemeentewet: raadscommissies

De raad is, logischerwijs, als enige bevoegd tot het instellen van raadscommissies. Dit zijn de opvolgers van de vaste commissies van advies aan het college die hielpen de besluitvorming van de raad voor te bereiden.⁵⁹ Met het oog op die taak mogen raadscommissies in overleg treden met het college. Wethouders en de burgemeester mogen volgens artikel 82 lid 2 Gemeentewet geen lid zijn van raadscommissies. Op grond van artikel 82 lid 1 Gemeentewet moet de raad een regeling treffen voor de taken, bevoegdheden, samenstelling en werkwijze van de commissie. Voor zover het de benoeming betreft van leden van de raad zorgt de raad daarnaast op grond van artikel 82 lid 3 Gemeentewet voor een evenwichtige vertegenwoordiging van de in de raad vertegenwoordigde groeperingen. Deze bepaling is uit de oude Gemeentewet overgenomen om raads minderheden te beschermen en is bedoeld om hen in staat te stellen hun oppositionele rol te vervullen.⁶⁰ Artikel 82 lid 4 Gemeentewet bepaalt verder dat een lid van de raad voorzitter van de commissie is. Ten slotte verklaart artikel 82 lid 5 Gemeentewet de artikelen 19 en 21 tot en met 23 Gemeentewet van overeenkomstige toepassing. Dat betekent onder meer dat burgemeester en wethouders deel kunnen nemen aan de beraadslaging, dat deelnemers aan de beraadslaging immuniteit genieten voor hetgeen zij in vergadering hebben gezegd of schriftelijk hebben overlegd, en dat de beraadslaging in beginsel openbaar is.

Gezien de rechten en verplichtingen die op een raadscommissie rusten, is het belangrijk om te weten wanneer een commissie dan als raadscommissie moet worden beschouwd. Het begrip ‘raadscommissie’ is materieel van aard, wat betekent dat een commissie niet een raadscommissie hoeft te worden genoemd om als zodanig te kunnen worden aangemerkt.⁶¹ Een andere uitleg, namelijk dat er sprake is van een formeel begrip, strookt niet met de bedoeling van de wetgever omdat het op die manier al te gemakkelijk zou zijn voor gemeenteraden om de wettelijke verplichtingen te omzeilen die komen kijken bij het zijn van een raadscommissie. De vraag is dan wat de materiële eisen zijn. Artikel 82 Gemeentewet stelt dat raadscommissies voorbereidend werk voor de gemeenteraad

59 De Greef 2012, p. 349.

60 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 3, p. 74.

61 De Greef 2012, p. 349.

verrichten, maar legt niet uit wat daar onder verstaan moet worden. Het is redelijk om aan te nemen dat het in eerste instantie aan de raad zelf is om te bepalen of daarvan sprake is. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 82 Gemeentewet kan daarnaast een aanvullend criterium gedestilleerd worden. Om te kunnen spreken van voorbereidend werk voor de gemeenteraad is het een vereiste dat dat werk in ieder geval voor een deel door raadsleden wordt verricht. Dat blijkt ten eerste uit het streven van de regering bij de dualiseringswet om raadscommissies primair commissies van raadsleden te laten zijn.⁶² Ten tweede blijkt het uit de kwalificatie van de werkzaamheden van raadscommissies. Volgens de regering ligt dat werk namelijk in het verlengde van dat van de raad en verrichten de commissies typische raadswerkzaamheden.⁶³ Sterker nog, in de nadere Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer schrijft de minister dat de functie van raadscommissies in het dualistische systeem in wezen hetzelfde is als die van de voltallige gemeenteraad en dat het derhalve een volksvertegenwoordigend, kaderstellend en controlerend lichaam is.⁶⁴ Een volksvertegenwoordigend lichaam dat in wezen dezelfde functie heeft als de voltallige gemeenteraad en die, op de voorzitter na, niet op zijn minst uit een paar raadsleden bestaat, laat zich moeilijk voorstellen. Overigens mogen niet-raadsleden wel lid zijn van een raadscommissie, maar daarbij moet bovenal gedacht worden aan lijsttopvolgers van kleine fracties die niet genoeg raadsleden hebben om alle raadscommissies te bemannen.⁶⁵ Op basis van de tekst van artikel 82 Gemeentewet zou betoogd kunnen worden dat raadscommissies op de voorzitter na volledig uit niet-raadsleden mogen bestaan. Lid 3 bepaalt namelijk dat de raad zorgt voor een evenwichtige vertegenwoordiging van in de raad vertegenwoordigde fracties, maar alleen voor zover dit de benoeming betreft van leden van de raad. A contrario geldt dan dat de raad deze plicht niet heeft wanneer er geen leden van de raad benoemd worden. Toch is het gezien de bedoeling van de wetgever en het werk dat raadscommissies dienen te verrichten niet logisch een dergelijke commissie als raadscommissie aan te merken. Het materiële criterium van het verrichten van voorbereidend werk moet zodoende deels worden ingevuld met het formele criterium dat in ieder geval een paar leden van de commissie raadslid dienen te zijn.

Artikel 83 Gemeentewet: bestuurscommissies

Naast raadscommissies zijn de raad, het college en de burgemeester bevoegd om bestuurscommissies in te stellen. Het belangrijkste kenmerk daarvan is dat deze commissies, anders dan raadscommissies, daadwerkelijk over bevoegdheden beschikken. Dit is tevens het materiële vereiste om te kunnen spreken van een bestuurscommissie. Zoals in paragraaf 4.2 is behandeld is er op grond van artikel 10:15 Awb voor de overdracht van bevoegdheden een wettelijke grondslag nodig.

62 *Kamerstukken II 2000/01, 27751, nr. 3, p. 14.*

63 *Kamerstukken II 2000/01, 27751, nr. 3, p. 14; Kamerstukken II 2000/01, 27751, nr. 6, p. 70.*

64 *Kamerstukken I 2001/02, 27751, nr. 10d, p. 21.* Dit was overigens de reden voor de regering om in artikel 82 lid 4 dwingend voor te schrijven dat een lid van de raad voorzitter moet zijn van de commissie. De minister wilde verzekeren dat deze positie democratisch gelegitimeerd zou zijn omdat het de taak van de voorzitter is om de ontwerp-agenda voor de vergadering vast te stellen. *Kamerstukken II 2000/01, 27751, nr. 6, p. 70.*

65 *Kamerstukken II 1988/89, 19403, nr. 10, p. 176.*

Artikel 156 lid 1 Gemeentewet biedt deze grondslag voor zover het bevoegdheden van de raad betreft. De artikelen 165 en 178 Gemeentewet doen hetzelfde voor de bevoegdheden van respectievelijk het college en de burgemeester. Op grond van deze artikelen kunnen in beginsel alle bevoegdheden worden overgedragen, tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet. In het geval van de raad en de burgemeester worden verder in respectievelijk artikel 156 lid 2 Gemeentewet en artikel 178 lid 2 Gemeentewet een aantal bevoegdheden expliciet van overdracht uitgesloten. Voor de raad geldt daarnaast nog op grond van artikel 156 lid 3 Gemeentewet de beperking dat de bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen, door strafbepaling of bestuursdwang te handhaven, slechts kan worden overgedragen voor zover het betreft de vaststelling van nadere regels met betrekking tot bepaalde door de raad in zijn verordeningen aangewezen onderwerpen.⁶⁶

Uit de redactie van de artikelen 156, 165 en 178 Gemeentewet blijkt dat het alleen mogelijk is bevoegdheden over te dragen aan door het overdragende orgaan zelf ingestelde bestuurscommissies. Aan bestuurscommissies ingesteld door de raad kunnen in beginsel dezelfde bevoegdheden worden overgedragen als aan het college. Het motief om iets aan bestuurscommissies over te dragen in plaats van aan het college kan wel verschillen. Wanneer de raad bijvoorbeeld burgers bij het bestuur wil betrekken, heeft het meer zin bevoegdheden over te dragen aan een uit burgers bestaande bestuurscommissie. Tijdens de parlementaire behandeling bestond er enige onduidelijkheid over de vraag of de raad en het college gezamenlijk een bestuurscommissie mochten instellen. In de Tweede Kamer werd dit door de regering nog ontkend, terwijl deze het in de Eerste Kamer wel tot de mogelijkheden rekende.⁶⁷ Voorwaarde daarvoor was dan wel dat raadsleden en collegeleden geen plaats zouden nemen in deze gezamenlijk ingestelde commissie. Ondertussen blijkt uit rechtspraak dat het mogelijk is om een gezamenlijke bestuurscommissie in te stellen mits er aan de hiervoor genoemde voorwaarde wordt voldaan.⁶⁸

Op grond van artikel 83 Gemeentewet kunnen zowel territoriale als functionele bestuurscommissies ingesteld worden. Territoriale bestuurscommissies richten zich primair op de uitoefening van meerdere bevoegdheden voor een bepaald gebied binnen een gemeente. De regering stelde in 2002 dat het daarbij ging om lichte territoriale commissies.⁶⁹ Zware territoriale commissies dienden namelijk als deelgemeente te worden vormgegeven op grond van het inmiddels afgeschafte artikel 87 Gemeentewet. Paragraaf 4.3.4 gaat hier dieper op in. Functionele bestuurscommissies richten zich op de uitoefening van een specifieke taak, zoals

66 Zie paragraaf 4.3.4 voor een toelichting op wat nadere regels zijn.

67 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 6, p. 68; *Kamerstukken I* 2001/02, 27751, nr. 10b, p. 61.

68 Rb. Amsterdam 8 oktober 2015, *Gst.* 2016/10, m.nt. De Greef.

69 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 3, p. 73.

sociale zekerheid of groenvoorziening, vergelijkbaar met zelfstandige bestuursorganen.⁷⁰ Het orgaan dat een bestuurscommissie instelt, moet bij het instellingsbesluit ook de taken, de bevoegdheden, de samenstelling en de werkwijze regelen. Aan de samenstelling van bestuurscommissies worden door de wet geen extra voorwaarden verbonden. Het instellende orgaan is zodoende vrij om zelf te bepalen hoe de commissie wordt samengesteld en wie er plaats in neemt. De Greef leidt verder uit het woord ‘daarbij’ in de tekst van artikel 83 Gemeentewet af dat er na de instelling geen andere bevoegdheden meer aan de commissie gedelegeerd mogen worden dan dat zijn opgenomen in het instellingsbesluit.⁷¹ Dit lijkt een iets te strikte lezing van het artikel te zijn. Nergens blijkt in de parlementaire stukken dat het artikel zo geïnterpreteerd moet worden en zolang bij het besluit waarin de extra bevoegdheden worden gedelegeerd de artikelen 139 lid 2, 140 en 141 Gemeentewet in acht worden genomen, is er ook weinig reden toe.

Op bestuurscommissies rust ten slotte op grond van artikel 85 Gemeentewet een verantwoordingsplicht richting het orgaan dat de commissie heeft ingesteld. Hoe er verantwoording moet worden afgelegd, is aan dit orgaan om te bepalen. Lid 2 geeft het orgaan dat de commissie instelt daarnaast de bevoegdheid om besluiten en andere niet-schriftelijke beslissingen gericht op enig rechtsgevolg van de bestuurscommissie te vernietigen. De bevoegdheid van de raad om besluiten en beslissingen van door hem ingestelde bestuurscommissies te schorsen, kan hij overdragen aan het college. Dit is een vrij wonderlijke constructie als bedacht wordt dat het college daarmee invloed krijgt op de werking van raadsbevoegdheden zonder dat het zelf deze bevoegdheden overgedragen heeft gekregen. Ook vanuit het idee dat met de dualisering de positie van de raad en het college juist meer van elkaar gescheiden moesten worden, is het een enigszins aparte constructie. Naast de bevoegdheid tot schorsing en vernietiging kan het orgaan dat een bestuurscommissie instelt op grond van lid 3 ook bepalen dat de beslissingen van de commissie aan goedkeuring van dat orgaan onderhevig zijn. Op de goedkeuring, vernietiging en schorsing van besluiten en niet-schriftelijke beslissingen van bestuurscommissies zijn de afdelingen 10.2.1, 10.2.2 en 10.2.3 van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 84 Gemeentewet: andere commissies

Het laatste hier te behandelen type commissie dat in 2002 is geïntroduceerd, is de andere commissie uit artikel 84 Gemeentewet. In tegenstelling tot de raadscommissie en bestuurscommissie, gelden er voor het zijn van een andere commissie geen materiële vereisten. Een dwingende reden daartoe ontbreekt eenvoudigweg. De andere commissies vormen een restcategorie van commissies die geen raadscommissie en ook geen bestuurscommissie zijn. Er moet dan met name gedacht worden aan allerlei adviescommissies. Bezwaarschriftencommissies, die onder de Gemeentewet 1992 nog een aparte bepaling kenden, worden vandaag de dag tot de

70 De Greef 2010, p. 2.

71 De Greef 2010, p. 9.

andere commissies gerekend.⁷² De raad, het college en de burgemeester zijn alle bevoegd tot het instellen van andere commissies. Ook voor deze commissies geldt op grond van artikel 84 lid 2 Gemeentewet dat raadsleden en wethouders geen lid mogen zijn van elkaars commissies. De raad, het college en de burgemeester zijn volgens lid 3 verder niets verplicht te regelen ten aanzien van de andere commissies, op de openbaarheid van de vergaderingen na.

Beperkingen als gevolg van de dualisering

De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling van de dualiseringswet twee keer nadrukkelijk aangegeven dat het niet de bedoeling was een wijziging aan te brengen in het open karakter van het commissiestelsel zoals dat bestond sinds de introductie in 1964.⁷³ Die wijziging is bewust of onbewust wel het gevolg geweest van de herstructurering die in 2002 plaatsvond. In beginsel kunnen dezelfde taken worden opgedragen en dezelfde bevoegdheden worden overgedragen aan commissies als onder het oude stelsel, maar raad, college en burgemeester moeten daarbij nu gebruikmaken van verplicht voorgeschreven mallen uit de artikelen 82, 83 en 84 Gemeentewet. Deze mallen brengen bepaalde beperkingen met zich mee voor de inhoudelijke vormgeving en taakstelling van commissies. De meest in het oog springende daarvan is uiteraard dat raadsleden en wethouders niet meer in elkaars commissies mogen plaatsnemen. Daarnaast moet het, zoals ook De Greef betoogt, onmogelijk worden geacht om gecombineerde raads- en bestuurscommissies in te stellen.⁷⁴ De regering heeft deze twee typen commissie duidelijk van elkaar willen scheiden. Raadscommissies kunnen alleen besluitvorming van de raad voorbereiden en mogen zelf geen besluiten nemen terwijl dat nu juist van de bestuurscommissies het wezenskenmerk is. Raadscommissies moeten zich richten op kaderstelling en controle en niet op bestuur. Een gecombineerde raads- en bestuurscommissie zou de scheiding tenietdoen tussen gepolitiseerde beleidsbepaling en geprofessionaliseerd bestuur die de dualisering beoogde aan te brengen. Dat aan die scheiding erg gehecht werd, blijkt uit het feit dat hij ook werd doorgevoerd voor de in 2002 nog bestaande deelgemeenten.⁷⁵ Een combinatie tussen een raads- of bestuurscommissie en een andere commissie moet ook ontoelaatbaar worden geacht. Uit de tekst van artikel 84 lid 1 Gemeentewet volgt namelijk dat een andere commissie juist geen raads- of bestuurscommissie is.

4.3.4 *De afschaffing van de deelgemeenten in 2014*

De grootste (inhoudelijke) beperking van de mogelijkheden tot binnengemeentelijk decentralisatie volgde in 2014 met de afschaffing van de deelgemeenten. De deelgemeenten waren een bijzondere variant van de territoriale commissie en kenden tussen 1992 en 2014 een zelfstandige wettelijk grondslag. Het kabinet-Rutte-I besloot de deelgemeenten, die alleen bestonden in Rotterdam en

72 *Gst.* 2003/108, m.nt. R. Kooper. Zie ook *AB* 2003/301, m.nt. J.A.F. Peters en *AB* 2004/140, m.nt. J.A.F. Peters.

73 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. A, p. 21; *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 3, p. 72.

74 De Greef 2012, p. 351.

75 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. A, p. 21.

Amsterdam, af te schaffen omdat zij te veel een vierde bestuurslaag waren gaan vormen. Dit sloot volgens het kabinet niet aan op de bestuurlijke hoofdstructuur van Nederland en deed afbreuk aan de eenheid van het gemeentebestuur en het primaat van de drie hoofdorganen.⁷⁶

De afschaffing van de deelgemeenten had tot direct gevolg dat de mogelijkheid voor de raad verdween om de bevoegdheid over te dragen tot het vaststellen van verordeningen die door straffen of bestuursdwang gehandhaafd worden. In artikel 156 lid 5 Gemeentewet (oud) was een uitzondering opgenomen op het verbod op overdracht uit lid 2 van dat artikel voor zover het overdracht aan deelgemeenten betrof. Dit lid verdween in 2014 uit de Gemeentewet. De kabinetten-Rutte-I en Rutte-II meenden daarnaast dat met het verdwijnen van de deelgemeenten de mogelijkheid voor de raad verdween om in het algemeen verordenende bevoegdheid over te dragen aan territoriale bestuurscommissies.⁷⁷ Beide kabinetten baseerden dit op het schrappen van artikel 156 lid 5 Gemeentewet. Deze bewering werd door de regering gedurende de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel niet altijd even consistent aangehouden. In haar reactie op het advies van de RvS gaf de regering aan dat er geen misverstand over kon bestaan dat met het verdwijnen van de deelgemeenten ook de mogelijkheid verdween tot het overdragen van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften.⁷⁸ Tegelijkertijd gaf de regering in de reactie aan dat de mogelijkheid tot overdracht van die bevoegdheid ‘in belangrijke mate’ ongedaan zou worden gemaakt, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat hij niet geheel verdween.⁷⁹ In de nota naar aanleiding van het verslag in de Tweede Kamer gaf de regering wederom conflicterende signalen af door in één en hetzelfde document te stellen dat overdracht van de verordenende bevoegdheid in zijn geheel niet meer mogelijk zou zijn én dat de overdracht slechts in beperkte mate mogelijk zou zijn.⁸⁰ In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer stelde minister Plasterk van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties dat het slechts een theoretische mogelijkheid was om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen die niet door straffen of bestuursdwang te handhaven waren.⁸¹ De bevoegdheid daartoe kon wel overgedragen worden, maar dat was in zijn ogen onzinnig. Even later merkte hij dan weer tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel tot twee keer toe op dat aan bestuurscommissies ex artikel 83 Gemeentewet niet de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen

76 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 3, p. 1; *Kamerstukken I* 2012/13, 33017, nr. B, p. 7. Het laatste bezwaar lijkt sterk op de bedenkingen die sommige Kamerleden uitten tegen de introductie van het gemeentelijk commissiestelsel in 1964.

77 Het begrip verordening kent in de Grondwet en Gemeentewet geen vastomlijnde definitie. Meestal bevatten verordeningen algemeen verbindende voorschriften, maar er kunnen ook andere regels onder vallen. Tekst en commentaar Grondwet 2015 (Broeksteeg, Commentaar bij artikel 127 Grondwet); Tekst en commentaar Gemeentewet 2017 (Munneke/Van der Laan, Commentaar bij artikel 147 Gemeentewet). Bij de behandeling van dit wetsvoorstel is het vrijwel zeker dat men een verordening heeft gelijkgesteld aan een algemeen verbindend voorschrift.

78 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 4, p. 9.

79 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 4, p. 4.

80 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 6, p. 17 respectievelijk p. 14.

81 *Kamerstukken I* 2012/13, 33017, nr. B, p. 18.

verbindende voorschriften kon worden overgedragen.⁸² Hoewel deze tekstuele tegenstrijdigheden ruimte laten om te betogen dat de regering niet elke verordenende bevoegdheid van overdracht heeft willen uitsluiten, staat zo'n betoog lijnrecht tegenover de bedoeling van het wetsvoorstel. Evident wilde de regering de deelgemeenten afschaffen omdat deze naar haar mening te veel een vierde bestuurslaag waren gaan vormen. Kenmerkend daarvoor was volgens de regering dat zij beschikten over een breed taken- en bevoegdheden pakket en, al dan niet als zelfstandig criterium, over de bevoegdheid algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Omdat deze bevoegdheid als *conditio sine qua non* werd gezien voor het zijn van een zelfstandige bestuurslaag, kan moeilijk een andere conclusie worden getrokken dan dat de regering met het wetsvoorstel beoogde de overdracht van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften in zijn geheel onmogelijk te maken.

Op dit standpunt van de regering is veel kritiek gekomen. Er zijn namelijk verschillende redenen te geven waarom er ook na afschaffing van de deelgemeenten nog verordenende bevoegdheid mag worden overgedragen aan territoriale commissies. Ten eerste gaf de regering zelf aan dat na inwerkingtreding van het wetsvoorstel artikel 156 Gemeentewet het kader bleef voor de overdracht van raadsbevoegdheden.⁸³ Dit artikel gaat er zoals gezegd vanuit dat delegatie aan het college en bestuurscommissies mogelijk is, tenzij de aard van de bevoegdheid zich tegen overdracht verzet. In lid 2 is een niet-limitatieve lijst van bevoegdheden opgenomen die in ieder geval niet mogen worden overgedragen. Lid 3 bepaalt daarnaast dat de raad ten aanzien van verordeningen die door strafbepaling of bestuursdwang te handhaven zijn alleen de bevoegdheid mag overdragen tot vaststelling van nadere voorschriften met betrekking tot bepaalde door hem in zijn verordeningen aangewezen onderwerpen. Hieruit leidde de Raad van State en anderen af dat de raad wel de bevoegdheid mag overdragen om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen die niet door strafbepaling of bestuursdwang te handhaven zijn.⁸⁴ Dit punt hangt nauw samen met het tweede argument, namelijk artikel 154 lid 1 Gemeentewet. Daarin is bepaald dat de raad op overtreding van zijn verordeningen *en van die van andere organen waaraan ingevolge artikel 156 verordenende bevoegdheid is gedelegeerd*, straf kan stellen. Dit artikel kan niet anders geïnterpreteerd worden dan dat de raad bevoegd is verordenende bevoegdheid over te dragen aan een ander orgaan. Gek genoeg is het artikel op geen enkel moment tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel afschaffing deelgemeenten ter sprake gekomen. Gezien de vele slordigheden in de parlementaire stukken⁸⁵ is

82 *Handelingen I* 29 januari 2013, 33017, p. 60 en 62.

83 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 6, p. 11 en 18.

84 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 4, p. 8; Oosterhagen 2012, p. 192; De Greef, Munneke en Zijlstra 2012, p. 7.

85 Zo stelt de regering dat in het geval van delegatie aan bestuurscommissies de gemeentelijke bestuursvoering niet verplaatst naar een bestuursorgaan met een eigen verantwoordelijkheid op sublokaal niveau, *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 6, p. 18-19. Dit is evident onjuist omdat bestuurscommissies bevoegdheden gedelegeerd krijgen en het een wezenskenmerk van delegatie is dat niet alleen de bevoegdheid wordt overgedragen, maar ook de verantwoordelijkheid voor de uitoefening daarvan (artikel 10:13 Awb). Dat de bestuurscommissie ook ingevolge artikel 85 Gemeentewet verantwoording af moet leggen aan het orgaan dat hem instelt, doet daar niets aan af.

het niet onwaarschijnlijk dat het artikel door de regering over het hoofd is gezien. Het derde argument dat de verordenende bevoegdheid ook na afschaffing van de deelgemeenten nog mag worden overgedragen, is dat het in de praktijk veelvuldig gebeurt. Dit is bijvoorbeeld het geval op het terrein van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015. Het is schering en inslag dat het college van de raad de bevoegdheid gedelegeerd krijgt om nadere regels te stellen over de uitwerking van een raadsverordening.⁸⁶ Deze nadere regels kunnen algemeen verbindende voorschriften inhouden.⁸⁷ Artikel 156 Gemeentewet, op basis waarvan deze delegatie geschiedt, maakt geen onderscheid tussen het college en eventuele bestuurscommissies, waardoor moet worden aangenomen dat het stellen van nadere regels ook zou kunnen worden gedelegeerd aan bestuurscommissies.

Voor het standpunt van de regering dat na afschaffing van de deelgemeenten de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften niet meer kan worden overgedragen, valt in feite maar één argument te geven. Uiteindelijk is het wetsvoorstel van de regering door de Tweede en Eerste Kamer aangenomen en is ook niet weersproken dat de bevoegdheid niet meer zou kunnen worden overgedragen. De bedoeling van de wet is daarmee duidelijk. In vergelijking met de hiervoor genoemde argumenten vóór de mogelijkheid tot overdracht van verordenende bevoegdheid legt dit ene argument slechts weinig gewicht in de schaal. De tekst en het uitgangspunt van artikel 156 jo. artikel 154 Gemeentewet zijn helder: de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften mag worden overgedragen, tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet of de voorschriften door straffen of bestuursdwang zijn te handhaven. Ook de bevoegdheid tot het vaststellen van nadere regels, waaronder algemeen verbindende voorschriften kunnen worden begrepen, bij verordeningen die door straffen of bestuursdwang worden gehandhaafd, mag worden overgedragen aan het college of een bestuurscommissie. Dat is alleen anders wanneer de medebewindswetgeving waarop een verordening is gebaseerd zich tegen overdracht verzet. Het standpunt van de regering moet daarom als onjuist worden beschouwd. Hooguit zou kunnen worden betoogd dat met het afschaffen van de deelgemeenten de mogelijkheid tot blanco delegatie van verordenende bevoegdheid is komen te vervallen. In het geval van voorschriften die door straffen en bestuursdwang te handhaven zijn, is dat al uitgesloten. In artikel 156 lid 3 Gemeentewet is immers geregeld dat het college in het geval van delegatie alleen nadere regels mag stellen met betrekking tot bepaalde door de raad in de verordening aangewezen onderwerpen. Een verbod op blanco delegatie zou passen in het idee van de regering dat zo'n bevoegdheid een territoriale commissie te veel zou doen lijken op een deelgemeente en daarmee een vierde bestuurslaag, die nou juist zijn afgeschaft in 2014. Voor deze gedachte zijn echter geen verdere argumenten aan te dragen.

⁸⁶ Schaake en Corver 2017, p. 752-758.

⁸⁷ Konijnenbelt 2013a, p. 550-559; Konijnenbelt 2013b, p. 709.

Hoe dit ook zij, dat aan bestuurscommissies nog steeds verordenende bevoegdheid kan worden overgedragen, wil nog niet zeggen dat zij daarmee kunnen beschikken over een taken- en bevoegdhedenpakket vergelijkbaar met dat van de voormalige deelgemeenten.⁸⁸ Dat is al sinds de introductie van een aparte wettelijke voorziening voor zware territoriale commissies in de Gemeentewet 1992 niet meer mogelijk. Tijdens de parlementaire behandeling van de Gemeentewet 2002 werd de bestuurscommissie ex artikel 83 Gemeentewet expliciet als lichte commissie naast de zwaardere deelgemeenten aangeduid.⁸⁹ De bestuurscommissies zijn daarmee nooit bedoeld om te beschikken over eenzelfde taken- en bevoegdhedenpakket als de deelgemeenten. Wellicht dat op juridisch-technische gronden zou kunnen worden betoogd dat artikel 156 Gemeentewet de ruimte laat om min of meer dezelfde bevoegdheden over te dragen aan bestuurscommissies als dat er aan deelgemeenten werden overgedragen.⁹⁰ Dat zou evenwel de facto tot het tegenovergestelde leiden van wat de wetgever met het afschaffen van de deelgemeenten heeft willen bereiken. De bedoeling van de wetgever is op dit punt zo helder, dat een dergelijke handelswijze in strijd met de wet moet worden geacht.

4.3.5 *Tussenconclusie: de bruikbaarheid van het commissiestelsel voor initiatieven*

Het commissiestelsel is oorspronkelijk in de Gemeentewet geïntroduceerd onder andere om burgers bij het bestuur te betrekken en de in de samenleving aanwezige kennis en expertise aan te wenden. Dit is voor veel gemeentebesturen nog steeds de reden om aansluiting te zoeken bij democratische initiatieven of om ze zelf te ontplooien. De vraag die nu beantwoord kan worden, is hoe bruikbaar het commissiestelsel is om deze doelstelling te realiseren. Het is belangrijk te benadrukken dat het commissiestelsel flexibel genoeg is om aan een flinke variatie aan initiatieven ruimte te bieden. Zo hebben de raad, het college en de burgemeester een behoorlijke mate van vrijheid bij de inrichting en samenstelling van commissies. Dat geldt met name voor bestuurscommissies en andere commissies, waarvoor als enige voorschrift wat betreft de samenstelling geldt dat raadsleden en wethouders niet in elkaars commissies mogen plaatsnemen. Samenstellingswijzen zoals loting die door initiatieven als de Coöperatieve Wijkraad worden gehanteerd, kunnen daardoor zonder problemen gebruikt worden om deze commissies vorm te geven. Het commissiestelsel geeft daarnaast het instellende orgaan alle vrijheid om zaken te regelen met betrekking tot de duur van een initiatief, het aantal deelnemers, de wijze van besluitvorming⁹¹, de wijze van verslaglegging, inspraakmogelijkheden, etc. Specifiek voor bestuurscommissies

88 Paragraaf 4.5 gaat dieper op deze materie in.

89 *Kamerstukken II 2000/01*, 27751, nr. 3, p. 73.

90 Met uitzondering van de bevoegdheid verordeningen vast te stellen door straffen of bestuursdwang te handhaven.

91 Behalve in het geval van raadscommissies. Omdat raadscommissies gemeenteraden in het klein zijn, geldt daar het beginsel one man one vote. De Greef 2012, p. 351.

geldt verder dat er alle bevoegdheden aan kunnen worden overgedragen, tenzij ze specifiek zijn uitgezonderd of de aard zich tegen overdracht verzet. Dit betekent dat zolang de wensen van initiatieven zich beperken tot terreinen waarop de gemeente bevoegd is, zij in beginsel zeggenschap overgedragen kunnen krijgen.

Ondanks deze mogelijkheden kent het commissiestelsel zeker sinds de dualisering en de afschaffing van de deelgemeenten toch een aantal beperkingen die ervoor kunnen zorgen dat bepaalde initiatieven er lastig op aan te sluiten zijn. Het betreft dan met name initiatieven die een integrale werkwijze hanteren, waarbij zij zowel op het terrein van de raad als op dat van het college willen opereren. Als gevolg van de dualisering is het niet langer mogelijk een commissie in te stellen die zowel kaderstellend en controlerend te werk gaat als de uitvoering van beleid zelf ter hand neemt. Initiatieven zoals de Coöperatieve Wijkraad zouden in deze categorie vallen wanneer er daadwerkelijk bevoegdheden aan zouden worden overgedragen. Aangezien de opzet van het initiatief ervan uitgaat dat de raad zich in beginsel committeert aan de ideeën die de wijkraad aandraagt, worden er feitelijk hamerstukken aangeleverd en kan betoogd worden dat er sprake is van voorbereidend werk. Samen met de evenwichtige vertegenwoordiging van de raad door de benoeming van een aantal raadsleden, zou de wijkraad daardoor als raadscommissie kunnen worden gekwalificeerd. Overdracht van bestuursbevoegdheden zou de wijkraad tevens een bestuurscommissie doen zijn. Een dergelijke combinatie van raads- en bestuurscommissie is onder het dualistische regime niet meer mogelijk.⁹² Een initiatief kan niet via het commissiestelsel actief zijn op het kaderstellende, controlerende en budgetterende terrein van de raad én het bestuurlijke terrein van het college. Specifiek voor territoriaal ingestoken initiatieven zoals de Coöperatieve Wijkraad geldt verder dat, mocht er voor vormgeving als bestuurscommissie worden gekozen, het sinds de afschaffing van de deelgemeenten niet meer mogelijk is er een taken- en bevoegdhedenpakket aan op te dragen dat vergelijkbaar is met dat van de afgeschafte deelgemeenten. Het is niet geheel duidelijk wanneer daarvan precies sprake is,⁹³ maar blanco delegatie van de verordenende bevoegdheid zou een belangrijke aanwijzing kunnen zijn.

Het commissiestelsel kan een bepaalde mate van bestendigheid garanderen voor burgerinitiatieven die daarnaar verlangen. Ook kunnen er bevoegdheden aan worden overgedragen wanneer zij vorm worden gegeven als bestuurscommissie, waarmee burgerinitiatieven daadwerkelijk juridische zeggenschap krijgen. Als men deze twee elementen waardeert, dan ligt instelling als bestuurscommissie voor de hand. Het is echter zo dat commissies niet geheel gevormd kunnen worden naar de wensen van initiatiefnemers. Het is en blijft een instrument van het gemeentebestuur, en niet van de participerende burger. Als gevolg daarvan gelden

92 Ook zouden raadsleden geen onderdeel van de CWR mogen zijn wanneer er bestuursbevoegdheden van het college zouden worden overgedragen. Sinds de dualisering is het raadsleden en collegeleden immers niet toegestaan plaats te nemen in elkaars commissies.

93 Vgl. Schlössels en Zijlstra 2017, p. 515.

er bepaalde wettelijke voorschriften waar niet van af kan worden geweken. Het commissiestelsel kan, kortom, burgerinitiatieven reguleren, maar niet in strijd met het uitgangspunt van wetmatigheid van bestuur en de uitgangspunten van de dualisering. In de conclusie van dit hoofdstuk zal nog worden ingegaan op de vraag hoe een wijziging van het wettelijk kader om integrale initiatieven als de CWR te faciliteren zich verhoudt tot de beginselen die ten grondslag liggen aan de gemeentelijke democratie. Eerst dient nog in de volgende twee paragrafen behandeld te worden of er uit de Awb en de Grondwet eventueel nog andere verplichtingen en/of beperkingen voortvloeien voor initiatieven als de CWR.

4.4 Het bestuursorgaanbegrip uit de Awb

Wanneer een organisatie of persoon tot een publiekrechtelijke rechtspersoon behoort en/of publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent, wordt deze doorgaans aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb.⁹⁴ De gevolgen daarvan kunnen verstrekkend zijn, zoals een kleine greep uit de bepalingen in de Awb laat zien: tegen beslissingen van bestuursorganen die als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb zijn aan te merken, staat bestuursrechtelijk bezwaar (artikel 7:1 Awb) en beroep (artikel 8:1 Awb) open, er geldt een doorzendplicht voor bepaalde geschriften (artikel 2:3 Awb), besluiten moeten zorgvuldig tot stand komen (artikel 3:2 Awb), een bestuursorgaan draagt zorg voor een behoorlijke behandeling van mondelinge en schriftelijke klachten over zijn gedragingen (artikel 9:2 Awb), etc. Naast dat de kwalificatie ‘bestuursorgaan’ normering door de Awb met zich meebrengt, is het begrip ook van belang als toegangseis voor de toepassing van normen uit andere wetgeving zoals de Wob. Kortom, de kwalificatie bestuursorgaan brengt nogal wat wettelijke bepalingen in zijn kielzog mee. Burgers die willen participeren bij publieke taken zijn zich daar soms ook van bewust en voor bevreesd. In de ondertussen bekende zaak Stichting Impuls bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) rees de vraag of een regiegroep bestaande uit wijkbewoners uit het Stadsdeel Nieuw-West in de gemeente Amsterdam als bestuursorgaan moest worden aangemerkt vanwege hun betrokkenheid bij het verdelen van publiek geld over burgerinitiatieven.⁹⁵ De regiegroep gaf te kennen niet als bestuursorgaan te willen worden aangemerkt omdat zij door gebrek aan kennis en professionaliteit niet zou kunnen voldoen aan de eisen die aan de besluitvorming door een bestuursorgaan worden gesteld.⁹⁶ Uiteindelijk kon de regiegroep opgelucht ademen omdat de Afdeling hen niet als bestuursorgaan aanmerkte,⁹⁷ maar het is belangrijk te benadrukken dat dat niets te maken had met de wensen van de regiegroep zelf. Een organisatie of persoon hoeft namelijk niet een bestuursorgaan te worden

94 In artikel 1:1 lid 2 worden organen uitgezonderd van het bestuursorgaanbegrip die daar zonder deze bepaling wel toe zouden worden gerekend. Op zijn beurt bevat lid 3 overigens weer enkele uitzonderingen op het bepaalde in lid 2.

95 AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden.

96 Den Ouden 2016, p. 389-390.

97 AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden. Den Ouden is in haar noot (terecht) kritisch op deze uitkomst. De casus wordt daarnaast uitgebreid beschreven in Den Ouden 2016.

genoemd om als zodanig te kunnen worden aangemerkt. De reden daarvoor is niet minder dan begrijpelijk: op het verrichten van een publieke taak behoort publiekrechtelijke normering van toepassing te zijn. Wanneer overheden zelf zouden kunnen besluiten of iets een bestuursorgaan is, zou het voor hen te makkelijk zijn deze normering te ontwijken door bijvoorbeeld gebruik te maken van privaatrechtelijke constructies. In die zin is het begrip vergelijkbaar met het gemeentelijk commissiestelsel, dat in het geval van raads- en bestuurscommissies ook materieel van aard is.

Gezien het voorgaande is het voor initiatieven als de CWR van groot belang te weten of zij als bestuursorgaan moeten worden aangemerkt en, zo ja, welke dan. De Awb maakt namelijk onderscheid tussen twee verschillende soorten bestuursorganen, te weten a-organen (artikel 1:1 lid 1 sub a Awb) en b-organen (artikel 1:1 lid 1 sub b Awb). A-organen zijn organen van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld. Zij zijn in al hun handelen bestuursorgaan, of dat nu publiekrechtelijk, privaatrechtelijk of feitelijk van aard is. B-organen zijn daarentegen alleen bestuursorgaan voor zover het hun publiekrechtelijk handelen betreft. Dit blijkt ook uit de definitie, namelijk een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. Uit dit onderscheid volgt dat bepaalde normen wel op a-organen van toepassing zijn en niet op b-organen. De betekenis daarvan voor initiatieven als de Coöperatieve Wijkraad die een duidelijke connectie hebben met de gemeentelijke overheid en zelf (publiekrechtelijke) zeggenschap willen uitoefenen, staat in deze paragraaf centraal. Achtereenvolgens wordt eerst het a-orgaan behandeld en daarna het b-orgaan.

4.4.1 *Klassieke overheidsorganen: a-organen*

A-organen zijn zoals gezegd organen van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld. Het gaat dan bijvoorbeeld om ministers, gedeputeerde staten, gemeenteraden en colleges van burgemeester en wethouders. Dit zijn organen van respectievelijk de publiekrechtelijk rechtspersoon de Staat, de provincie en de gemeente. In het oorspronkelijk wetsvoorstel tot introductie van de Awb was het a-orgaan niet opgenomen als aparte categorie bestuursorgaan.⁹⁸ In eerste instantie werd namelijk voor de definitie van een bestuursorgaan aangesloten bij de voorloper van de Awb, de wet Arob, waarin alleen wat nu het b-orgaan is een plek had gekregen. Omdat het doel van de wet Arob was het openstellen van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen beschikkingen van de overheid, was het logisch aansluiting te zoeken bij een materiële definitie die het uitoefenen van openbaar gezag centraal stelde als eis voor het zijn van een bestuursorgaan. De Awb had echter naast het bieden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor burgers nog een primair doel, namelijk het publiekrechtelijk normeren van al het overheidsbestuur.⁹⁹ Omdat daar ook het verrichten van privaatrechtelijk en feitelijk handelen onder kan

⁹⁸ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 2.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 2.

worden verstaan, volstond de definitie uit de wet Arob alleen niet. Dit werd door de regering onderschreven en zij wijzigde het voorgestelde artikel 1:1 naar zijn huidige vorm.¹⁰⁰ De definitie van het a-orgaan is daarmee formeel van aard: het is niet vereist dat er openbaar gezag wordt uitgeoefend, ook al zal daarvan in de praktijk wel vaak sprake zijn. Twee criteria in de definitie zijn van bijzonder belang, namelijk *publiekrechtelijk rechtspersoon* en *orgaan*. Deze worden hierna afzonderlijk toegelicht.

Rechtspersoon krachtens publiekrecht

Met het begrip ‘rechtspersoon’ wordt bedoeld op de betekenis hiervan naar burgerlijk recht.¹⁰¹ Voor deze betekenis moet gekeken worden naar artikel 1 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In lid 1 van dit artikel wordt rechtspersoonlijkheid toegekend aan de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en alle andere lichamen waaraan de Grondwet verordenende bevoegdheid verleend. In lid 2 is bepaald dat andere lichamen met een overheidstaak rechtspersoonlijkheid bezitten voor zover dit volgt uit de wet. Bij deze laatste categorie moet gedacht worden aan bijvoorbeeld het Centraal orgaan opvang asielzoekers (artikel 2 lid 1 Wet centraal orgaan opvang asielzoekers) of het Commissariaat voor de media (artikel 7 lid 1 en 2 Mediawet). Bij of krachtens de wet worden deze organisaties ingesteld en wordt er rechtspersoonlijkheid aan gegeven. Nogmaals moet benadrukt worden dat het weliswaar organisaties zijn die, net als b-organen, publiek gezag hebben gekregen om een overheidstaak te verrichten, maar dat dit niet de reden is om hun organen als a-organen aan te merken. Dat gebeurt alleen op basis van de formele criteria genoemd in artikel 1:1 lid 1 sub a Awb.

Op de keuze van de wetgever om voor het a-orgaan aan te sluiten op het privaatrechtelijke begrip rechtspersoon kan men kritiek hebben. Dit begrip is in dat rechtsgebied het centrale subjectbegrip zodra er zich vermogensrechtelijke kwesties voordoen. Volgens Peters is het daarmee ‘inherent ongeschikt – of beter gezegd: daarvoor is het niet ontwikkeld – om te worden gehanteerd als subjectbegrip in publiekrechtelijk perspectief. Het publiekrecht richt zich op verwezenlijking en borging van de democratische rechtsstaat en in dat kader vormt het vermogensrecht niet het richtsnoer voor regulering en normering’.¹⁰² Hij stelt terecht dat niet vermogensrechtelijke aspecten het uitgangspunt van het publiekrecht vormen, maar macht en machtsuitoefening. Waarom er dan toch door de Awb-wetgever gekozen is voor aansluiting bij het rechtspersonenbegrip heeft een heel praktische reden. Zoals gezegd beoogde de wetgever met de Awb heel het openbaar bestuur publiekrechtelijk te normeren. Artikel 2:1 BW biedt daarvoor een handig aanknopingspunt door te definiëren wat er allemaal tot de publiekrechtelijke organisatie moet worden gerekend. Door op dit artikel aan te sluiten, konden in één klap vrijwel alle vormen van die publieke organisatie

100 *Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 5, p. 32; Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 6, p. 1.*

101 *Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 8, p. 18.*

102 Peters 2019, p. 272-273.

onder de Awb worden gebracht. Het bestuur dat niet tot deze categorie kon worden gerekend, bijvoorbeeld omdat het privaatrechtelijk was georganiseerd, zou als ‘restcategorie’ door het b-bestuursorgaan worden genormeerd dat materieel van aard is. Peters vat samen: ‘de rechtspersoonlijkheid van artikel 2:1 BW als kernelement in de definitie van het publiekrechtelijke subjectbegrip bestuursorgaan kent geen normatieve noodzaak (‘niet omdat het moet’) maar geeft wel een gewenst bereik aan de definitie (‘maar omdat het kan’)’.¹⁰³

Orgaan van

Het tweede criterium van artikel 1:1 lid 1 sub a Awb houdt in dat een organisatie een bestuursorgaan is als het een ‘orgaan’ is van een publiekrechtelijk rechtspersoon. Dit moet niet verward worden met de rechtspersoon zelf. Zo zijn de gemeenteraad, het college en de burgemeester bestuursorganen van de rechtspersoon de gemeente. Tijdens de parlementaire behandeling van de Awb werd gesteld dat het criterium weinig problemen zou opleveren.¹⁰⁴ Het begrip ‘orgaan’ krijgt als zodanig daarom nauwelijks aandacht in de parlementaire stukken. In de juridische literatuur is aan de vraag meer aandacht besteed. Hiervoor is al geschreven dat de Awb-wetgever niet heeft willen afwijken van het orgaanbegrip zoals dit in het rechtspersonenrecht van boek 2 van het BW wordt gebruikt. Damen meent daarom dat aansluiting moet worden gezocht bij de organisatiestructuur van de in art. 2:3 BW genoemde rechtspersonen.¹⁰⁵ Bij deze rechtspersonen vloeit uit de statuten en reglementen voort welke organen namens de rechtspersoon kunnen handelen. Daarbij moeten deze organen met een zodanige taak zijn belast dat ze een zelfstandige plaats innemen binnen de rechtspersoon. Volgens Damen geldt voor publiekrechtelijke rechtspersonen iets soortgelijks. Hij stelt dat er op drie wijzen kan worden bepaald of een persoon of college als een orgaan van een publiekrechtelijk rechtspersoon moet worden aangemerkt. Ten eerste is een persoon of college een orgaan wanneer deze persoon of dit college in de wet, waarmee Damen doelt op de organieke wet of Grondwet, wordt gepresenteerd als (onderdeel van) het bestuur van de rechtspersoon. Het is niet voldoende enkel genoemd te worden in een organisatie- of instellingswet: ‘waar het om gaat, is of deze persoon of dit college een zelfstandige plaats of functie heeft gekregen binnen (de organisatie van) de desbetreffende rechtspersoon’.¹⁰⁶ Als voorbeelden waarbij dit het geval is, haalt hij de gemeentesecretaris en raadsgriffier (artikel 100 Gemeentewet) en de gemeentelijke commissies uit de artikelen 82 tot en met 84 Gemeentewet aan. Ten tweede kan er sprake zijn van een orgaan wanneer een persoon of college met enig openbaar gezag is bekleed: ‘is aan de persoon of het college een exclusieve bevoegdheid toegekend om eenzijdig de rechtspositie van burgers te bepalen?’¹⁰⁷ Het voorbeeld dat hij hierbij aandraagt is dat van de gemeenteambtenaar belast met de heffing of invordering van gemeentelijke

103 Peters 2019, p. 276.

104 *Handelingen II* 16 december 1991, 21221/21659/22061/22320, p. 42. Zijlstra plaatst hier de kanttekening bij dat zich wel dogmatische problemen kunnen voordoen. Zijlstra 2009, p. 48.

105 Damen 2016, p. 91.

106 Damen 2016, p. 92. Vgl. Damen 1996.

107 Damen 2016, p. 93.

belastingen uit artikel 231 Gemeentewet. Ten derde is er een restcategorie waarbij een persoon of college ‘niet als orgaan in de wet wordt gepresenteerd en evenmin met openbaar gezag is bekleed, maar desondanks als orgaan van de krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon wordt aangemerkt vanwege zijn zelfstandige positie daarin’.¹⁰⁸ Damen geeft aan dat ambtenaren die bij de gemeente werken doorgaans niet als orgaan zullen worden aangemerkt: ‘het enkele feit dat ze bij een gemeentelijke dienst of afdeling burgers te woord staan en inlichtingen verstrekken, besluiten voorbereiden en wellicht zelfs in mandaat namens een bestuursorgaan besluiten nemen, levert immers nog geen zelfstandige plaats of functie binnen de organisatie van de gemeente op’. Hij vervolgt: ‘[d]at ligt alleen anders als aan een ambtenaar een eigen (externe) taak is toegekend (bijvoorbeeld de directeur stadsontwikkeling). In dat geval vervult hij een zelfstandige rol en zal hij als orgaan van de gemeente (en dus als a-bestuursorgaan) zijn aan te merken’.¹⁰⁹

Damen’s eerste manier om te bepalen of er van een orgaan sprake is, is alleszins logisch. De Awb-wetgever heeft willen aansluiten bij het rechtspersonenrecht, waarbij geldt dat voor het bepalen van de organen van een rechtspersoon in de statuten moet worden gekeken. Dit is ook door andere auteurs aangehaald en kan als onomstreden worden beschouwd.¹¹⁰ De tweede wijze doet al wat vreemder aan. Voor het zijn van een a-orgaan is immers niet van belang of het orgaan openbaar gezag kan uitoefenen. Dat is nu juist het materiële kenmerk van een b-orgaan. Het voorbeeld dat Damen geeft, is wellicht ook wat ongelukkig gekozen. Kan de kwalificatie van de gemeentelijke belastinginspecteur niet gewoon worden afgeleid uit het feit dat zijn plaats en functie duidelijk omschreven zijn in de Gemeentewet in plaats van uit het feit dat hij bevoegd is tot het heffen van gemeentelijke belastingen? Dat het beschikken over openbaar gezag betekent dat een orgaan als a-orgaan kan worden beschouwd, kan eventueel onderbouwd worden door te verwijzen naar een uitspraak van de CRvB waarin de directeur van een gemeenschappelijke regeling als een (a-)orgaan van die publiekrechtelijke rechtspersoon¹¹¹ werd aangemerkt omdat hij op grond van de gemeenschappelijke regeling bevoegd was rechtspositionele besluiten te nemen.¹¹² Tegelijkertijd oordeelde de Afdeling in een eerdere zaak dat een directeur van een andere gemeenschappelijk regeling *niet* als bestuursorgaan kon worden aangemerkt omdat de Wgr deze figuur niet noemde, terwijl de gemeenschappelijke regeling zelf hem wel omschreef.¹¹³ Hoe dit ook zij, stellen dat personen of colleges als a-organen kunnen worden gekwalificeerd omdat zij beschikken over openbaar gezag, botst te veel met de niet-materiële definitie van het a-bestuursorgaan. Damen’s standpunt moet dan ook zo worden geïnterpreteerd dat wanneer een persoon of college in een

108 Damen 2016, p. 93.

109 Damen 2016, p. 93.

110 Peters 2016a; AB 2013/407, m.nt. L.M. Koenraad en J.A.F. Peters (tijdelijk rijverbod).

111 Artikel 8 Wet gemeenschappelijke regelingen.

112 CRvB 7 juni 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA6874, r.o. 2.1. Concreet betrof het in dit geval een besluit over een reiskostenvergoeding.

113 AB 1999/196.

organisatie- of instellingswet wordt genoemd en beschikt over enig openbaar gezag, de persoon of het college dan een voldoende zelfstandige plaats en functie heeft gekregen in die wettelijke regeling.¹¹⁴ Peters lijkt dezelfde mening toegedaan aangezien hij stelt dat in de jurisprudentie wordt aangenomen ‘dat organen van publiekrechtelijke rechtspersonen onderscheiden kunnen worden aan de hand van de bevoegdheidstoedeling’.¹¹⁵ Hoewel hierdoor alsnog een bepaalde vermenging met het b-organebegrip lijkt op te treden, is het een begrijpelijk standpunt vanuit de gedachte dat de Awb beoogt al het handelen van het openbaar bestuur te normeren.

De derde wijze van Damen om te bepalen of er sprake is van een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon is het meest verstrekkend. Volgens deze opvatting kan een ambtenaar als a-orgaan worden aangemerkt wanneer hij een eigen (externe) taak heeft en op basis daarvan een zelfstandige rol vervult. Het is alleen onduidelijk wat dan precies volgens Damen voldoende is om te spreken van een eigen (externe) taak. Blijkbaar is daarvan niet per se sprake wanneer een ambtenaar besluiten neemt in mandaat. Besluiten in mandaat genomen, worden namelijk genomen *namens* het bevoegde bestuursorgaan. Volgens Damen is een mandaatverhouding daarom niet per se voldoende om te spreken van een voldoende zelfstandige plaats of functie. Los van de onduidelijkheid over het criterium is het ook de vraag of de Awb wel beoogd heeft zover in een organisatie normerend op te treden. Barkhuysen e.a. stellen bijvoorbeeld dat gemeentelijke diensten niet zozeer een *eigen* taak hebben als wel door het college ingesteld zijn om die taken *namens* het college te verrichten.¹¹⁶ Zij verrichten deze onder verantwoordelijkheid van dat bestuursorgaan, waardoor de rechtsbescherming tegen en normering van het gedrag van de gemeentelijke diensten over die band is gewaarborgd. De noodzaak om gemeentelijke diensten als a-orgaan aan te merken is daarmee behoorlijk gerelativeerd. Toch biedt de literatuur aanknopingspunten voor de derde wijze van Damen. Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male interpreteren het orgaanbegrip namelijk nog ruimer. Volgens hen kan er bij organen gedacht worden aan ‘ambtenaren die contact hebben met burgers, onafhankelijk van de vraag of ze ‘eigen’ wettelijke bevoegdheden hebben of niet’.¹¹⁷ Dit betekent dat iedereen die optreedt vanwege een publiekrechtelijk rechtspersoon en met een zekere eigen taak is belast, moet worden beschouwd als a-orgaan. De auteurs menen dat hier niet erg nauw naar hoeft te worden gekeken aangezien het de bedoeling van de wetgever was om publiekrechtelijke rechtspersonen en alles wat daaronder valt met huid en haar te binden aan de

114 Hier is een parallel te trekken met de conclusie van A-G Widdershoven bij de zaak Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schiphol. Daarin merkt de staatsraad op dat voor de vraag of iets kan worden aangemerkt als buitenwettelijk b-orgaan (zie paragraaf 4.4.2) weinig relevant is of de overheid naast financiële en inhoudelijke invloed ook institutionele invloed heeft. Maar ‘als additioneel argument voor een positief oordeel over de inhoudelijke band tussen overheid en de rechtspersoon, kan het natuurlijk geen kwaad’. Hier worden dus in eerste instantie irrelevante gegevens gebruikt om wel relevante criteria in te kleuren. Conclusie A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260, 23 juni 2014.

115 Peters 2016a.

116 Barkhuysen e.a. 2014, p. 27-28.

117 Van Wijk 2014, p. 63.

Awb.¹¹⁸ Ze concluderen dan ook dat ‘de normen van hfdst. 2 Awb [...] op de receptioniste, de portier en de gemeentelijke vuilophaler evenzeer van toepassing [zijn] als op de burgemeester, de wethouder, de politieagent en de minister’.¹¹⁹ Schlössels en Zijlstra zijn min of meer dezelfde mening toegedaan: ‘[c]onclusie moet dan ook zijn, dat het begrip ‘orgaan’ in artikel 1:1 lid 1 onder a Awb niet beoogt onderscheidende betekenis te hebben: iedere functie binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon is een bestuursorgaan in de zin van de Awb, en valt met al zijn handelen onder de normen die voor het handelen van bestuursorganen gelden’.¹²⁰

In de literatuur zijn er dus grofweg twee smaken te verkrijgen om te bepalen of er sprake is van een orgaan; een enge(re) en brede variant. Voor de brede variant pleit dat de Awb-wetgever inderdaad de bedoeling heeft gehad al het handelen van het openbaar bestuur aan de Awb te binden. Voor de enge(re) variant pleit dan weer dat het gevoelsmatig wel erg ver gaat de gemeentelijke vuilophaler of de receptioniste op het stadhuis als bestuursorgaan aan te merken.¹²¹ De overheid wordt er op die wijze ook niet overzichtelijker en transparanter op. Daarbij kan het college als verantwoordelijk orgaan ook worden aangesproken op het gedrag van de vuilnismans.¹²² Het niet aanmerken van de vuilnismans als bestuursorgaan betekent dus niet gelijk dat er een hiaat in de rechtsbescherming of normering zou ontstaan. Kort en goed is het in ieder geval zo dat uit de wetgeving, rechtspraak en literatuur geen dwingende conclusie volgt over wanneer iets als een orgaan van een publiekrechtelijk rechtspersoon moet worden beschouwd. Om daarover toch meer helderheid te verschaffen, helpt het om de vraag naar wat een orgaan is te splitsen in twee delen. De literatuur lijkt zich vooral te richten op de vraag wanneer een organisatie nu precies een *plaats* en *functie* in de wet heeft. Maar daar kan eigenlijk nog een vraag aan vooraf worden gesteld, namelijk wat er dan verstaan moet worden onder *wettelijke* of *publiekrechtelijke grondslag*.¹²³ Damen meent dat het moet gaan om een organieke wet of een instellingswet. Bij Barkhuysen e.a. en Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male wordt dit punt niet expliciet besproken. Het feit dat die laatsten zelfs vuilnismannen en receptionistes kwalificeren als a-organen lijkt wel te impliceren dat voor hen iets als een rechtspositioneel besluit een voldoende publiekrechtelijke grondslag is. Uit de jurisprudentie, waar meer aandacht is besteed aan de publiekrechtelijke grondslag, komt een genuanceerd beeld naar voren. Gemeentelijke bezwaarschriftencommissies, bijvoorbeeld, worden door de Afdeling als a-orgaan beschouwd, mits ze een publiekrechtelijke grondslag hebben.¹²⁴ In casu was een bezwaarschriftencommissie van de gemeente Leeuwarden ingesteld op basis van een gemeentelijke verordening en werd hij

118 Van Wijk 2014, p. 63.

119 Van Wijk 2014, p. 90.

120 Schlössels en Zijlstra 2017, p. 88.

121 Je kunt je bijvoorbeeld afvragen of het netjes terugzetten van een kliko door de vuilnismans niet eerder een kwestie is van goed fatsoen dan dat het genormeerd zou moeten worden door een juridisch afdwingbare norm.

122 Barkhuysen e.a. 2014, p. 27-28.

123 *Gst.* 2003/108, m.nt. R. Kooper.

124 *Gst.* 2003/108, m.nt. R. Kooper. Zie ook *AB* 2003/301, m.nt. J.A.F. Peters en *AB* 2004/140, m.nt. J.A.F. Peters.

daarom aangemerkt als a-orgaan. Klaarblijkelijk was de gemeentelijke verordening dus een voldoende publiekrechtelijke grondslag. Gemeentelijke welstandscommissies worden ook aangemerkt als a-organen.¹²⁵ De grondslag hiervoor is de bouwverordening die gemeenten verplicht zijn op te stellen op grond van artikel 8 lid 1 Woningwet. In lid 5 van artikel 8 Woningwet wordt dwingend voorgeschreven dat er een gemeentelijke welstandscommissie moet worden ingesteld bij de bouwverordening. Een gemeentelijke adviescommissie inzake nadeelcompensatie in Breda, ten slotte, werd eveneens aangemerkt als a-orgaan.¹²⁶ Het bijzondere aan deze laatste adviescommissie, is dat de publiekrechtelijke grondslag gevonden werd in zowel de Gemeentewet (art. 84) als de gemeentelijke verordening. Kooper heeft in een noot bij een uitspraak van de ABRvS uit 2005 betoogd dat ook het reglement van orde van de gemeenteraad kan dienen als publiekrechtelijke grondslag.¹²⁷ Op basis van de hiervoor genoemde jurisprudentie is dat juist.

De redenering van de Afdeling dat er sprake moet zijn van een publiekrechtelijke grondslag ontleende zij aan de Memorie van Antwoord bij de introductie van de Awb. Daarin schreef de regering: 'In de nieuwe tekst van artikel 1.1 is in beginsel bepalend voor de vraag of sprake is van een bestuursorgaan, de publiekrechtelijke grondslag. Ook een orgaan dat uitsluitend tot taak heeft feitelijke handelingen te verrichten maar wel een publiekrechtelijke grondslag heeft, is derhalve een bestuursorgaan.'¹²⁸ Wat er precies verstaan moet worden onder publiekrechtelijke grondslag, wordt verder niet toegelicht. Kooper stelt dat bij een grondslag eerst en vooral gedacht moet worden aan de formele '(veelal organieke)' wet. Maar hij meent ook dat 'een andere bijzondere wet of een daarop steunend wettelijk voorschrift van lagere orde' evenzeer een orgaan in het leven kan roepen, 'uitdrukkelijk dan wel min of meer terloops door het verstrekken van een taakopdracht'.¹²⁹ Peters stelt dat het orgaan 'een plekje in de organieke opbouw van een publiekrechtelijke rechtspersoon [moet] hebben gekregen'. Volgens hem kan dat variëren van 'vermelding in een formele wet tot die in een plaatselijke verordening en van een bijzonder beheersregime (aanwijzing als baten-lastendienst) tot een bevoegdheidstoebedeling'.¹³⁰ In een latere noot bij de uitspraak over de adviescommissie inzake nadeelcompensatie in Breda stelt Peters wederom dat 'vooreerst aan de organieke regeling van de publiekrechtelijke rechtspersoon [moet] worden gedacht'.¹³¹ Tegelijkertijd wijst hij op de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling over de directeur van een gemeenschappelijke regeling die niet als a-orgaan werd aangemerkt.¹³² In die uitspraak werd de directeur niet als bestuursorgaan aangemerkt omdat dat niet zou volgen uit de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr). In de Wgr zelf werd

125 AB 2000/424, m.nt. A.G.A. Nijmeijer. Zoals Nijmeijer signaleert gaat de Afdeling niet expliciet in op de vraag of de welstandscommissie een bestuursorgaan is, maar toetst zij direct aan artikel 2:4 Awb.

126 AB 2010/273, m.nt. J.A.F. Peters.

127 *Gst.* 2005/148, m.nt. R. Kooper.

128 *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 32.

129 ABRvS 19 maart 2003, nr. 200105178/1, m.nt. R. Kooper.

130 AB 2004/140, m.nt. J.A.F. Peters.

131 AB 2010/273, m.nt. J.A.F. Peters.

132 AB 1999/196.

de directeur inderdaad niet omschreven, waardoor hij in die publiekrechtelijke regeling geen voldoende herkenbare eigen plaats en functie had. Tegelijkertijd werd zijn plaats en functie wel duidelijk omschreven in de gemeenschappelijke regeling zelf, wat ook een publiekrechtelijke regeling is.¹³³ Klaarblijkelijk vond de Afdeling dat deze regeling niet als publiekrechtelijke grondslag kon dienen.¹³⁴ Dat impliceert dat niet elke publiekrechtelijke regeling een voldoende grondslag is om personen of colleges aan te kunnen merken als a-orgaan. Het is de vraag of de Afdeling het wat dit laatste punt betreft bij het rechte eind had. De wetgever maakte immers bij de introductie van de Awb geen onderscheid tussen wat wel en wat niet een voldoende publiekrechtelijke grondslag zou zijn, maar hanteerde simpelweg het criterium dat er sprake moest zijn van *een* publiekrechtelijke grondslag. Nergens werd als extra voorwaarde gesteld dat deze publiekrechtelijke grondslag te herleiden moest zijn tot bijvoorbeeld een organieke wet. De Afdeling lijkt hier in latere jurisprudentie oog voor te hebben. In de uitspraak over de bezwaarschriftencommissie in de gemeente Leeuwarden schrijft de Afdeling bijvoorbeeld dat er sprake moet zijn van niet meer dan een publiekrechtelijke grondslag. Ook de bovengenoemde auteurs zelf gaan er allemaal klaarblijkelijk vanuit dat er meer publiekrechtelijke grondslagen zijn dan organieke wetten door te stellen dat er *eerst* gekeken moet worden naar organieke wetten. Dat lijkt alleen te impliceren dat er onderscheid kan worden aangebracht tussen publiekrechtelijke grondslagen die wel en niet een orgaan in het leven kunnen roepen. Daarvoor zou vereist zijn dat er een zinnig onderscheid kan worden aangebracht tussen publiekrechtelijke grondslagen. Hoe dat zou moeten worden vormgegeven, laat zich niet alleen moeilijk voorstellen, maar gaat tevens in tegen de doelstelling van de Awb-wetgever om met het a-orgaanbegrip de gehele overheid onder de reikwijdte van de Awb te brengen. Het is daarom het meest logisch aan te sluiten bij totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1:1 lid 1 sub a Awb en elke publiekrechtelijke grondslag voldoende te achten als grondslag voor het zijn van een orgaan.

Kort en goed kunnen er zich situaties voordoen waarin het lastig is om te bepalen of er van een a-orgaan sprake is. Het probleem zit hem daarbij niet in het publiekrechtelijke karakter van de rechtspersoon, maar vooral in de vraag wanneer iets een orgaan is. Die vraag spitst zich weer toe op de vragen wat een voldoende duidelijke eigen taak en functie is binnen een publiekrechtelijke rechtspersoon en wat als publiekrechtelijke grondslag kan dienen. Op de eerste vraag is helaas geen eenduidig antwoord te geven. Een persoon of college heeft in ieder geval een voldoende duidelijke eigen taak en functie wanneer het genoemd is in een wet in formele zin, zoals het geval is bij gemeentelijke

133 Meer specifiek is het een publiekrechtelijke overeenkomst tussen bestuursorganen die zij per besluit aangaan, HR 10 april 1987, *NJ* 1988/148; *AB* 1987/336 (GCN/Nieuwegein I). Zie ook Tekst en Commentaar Gemeentewet 2017 (De Greef, inleiding), p. 752.

134 Frappant detail daarbij is dat Konijnenbelt een van de drie magistraten was in de zaak bij de Afdeling. Hij is ook verantwoordelijk voor de hiervoor beschreven opvattingen uit *Van Wijk/Konijnenbelt* en *Van Male*. Als daarin het standpunt wordt ingenomen dat de gemeentelijke vuilnismen als bestuursorgaan moet worden aangemerkt, dan toch zeker ook de directeur van een gemeenschappelijke regeling. Ofwel Konijnenbelt had dit standpunt ten tijde van de uitspraak nog niet ingenomen, ofwel hij heeft het in de raadskamer moeten afleggen tegen de overige twee magistraten.

commissies, of wanneer het een plaats heeft gekregen in een gemeentelijke verordening. Sommige auteurs gaan verder en menen dat alles wat onder een publiekrechtelijk rechtspersoon valt en daarbinnen een eigen taak vervult als a-bestuursorgaan moet worden aangemerkt. Dat lijkt wat te ver te gaan aangezien al het handelen van zo'n orgaan dan onder de Awb valt en bijvoorbeeld het verbod op vooringenomenheid uit artikel 2:4 lid 1 Awb niet is geschreven met het werk van een vuilnisman in het achterhoofd. Waar dan precies de grens ligt, is op voorhand niet te zeggen en zal deels afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Er is eveneens geen panklaar antwoord te geven op de vraag wat als publiekrechtelijke grondslag kan dienen om de plaats en functie van een orgaan in vast te stellen. Wederom geldt dat een formele wet en een decentrale verordening als voldoende moeten worden beschouwd, maar de literatuur en rechtspraak zwijgen over wat nog meer voldoende zou kunnen zijn. Uiteindelijk is het gezien het doel van de Awb om heel de overheid te normen het meest logisch om iedere publiekrechtelijke grondslag als voldoende te beschouwen. Dit betekent dat bijvoorbeeld ook een collegebesluit een a-orgaan in het leven kan roepen. Er zijn simpelweg geen aanwijzingen dat zo'n besluit niet afdoende zou zijn, waardoor het als zodanig moet worden beschouwd tot het tegendeel is bewezen. Wat hierbij uiteraard nog wel moet worden bepaald is of er in de grondslag een voldoende duidelijke eigen plaats en functie is toegekend aan een orgaan. Het vereiste van een publiekrechtelijke grondslag en een voldoende duidelijke eigen plaats en functie zijn immers cumulatieve criteria. Dit betekent bijvoorbeeld in het geval van de Coöperatieve Wijkraad dat deze niet op basis van de begroting van de gemeente Groningen als a-orgaan kan worden aangemerkt. Daarin worden immers alleen middelen toegekend aan de wijkraad en wordt er verder geen plaats en functie omschreven.

4.4.2 *Materiële overheidsorganen: b-organen*

Het tweede type bestuursorgaan is het b-orgaan uit artikel 1:1 lid 1 sub b Awb. Het woord 'ander' in dit artikel duidt erop dat van een b-orgaan alleen sprake kan zijn wanneer de persoon of het college niet als a-orgaan gekwalificeerd kan worden. In tegenstelling tot a-organen, is het voor b-organen een vereiste dat er aan een persoon of college openbaar gezag is toegekend. De definitie van het begrip is daarmee materieel van aard. Dat is logisch wanneer bedacht wordt dat het b-orgaanbegrip door de wetgever is gebaseerd op het begrip 'administratief orgaan' uit de wet Arob en deze wet, zoals gezegd, bestuursrechtelijke rechtsbescherming beoogde open te stellen voor burgers tegen overheidsbesluiten. Een formeel begrip zou geen recht doen aan dit uitgangspunt, dat ook van de Awb een hoofddoel is. Naast het beschikken over openbaar gezag is het voor het zijn van een b-orgaan vereist dat er sprake is van een persoon of college. Deze twee criteria worden hierna langsgelopen.

Ander persoon of college

Over het eerste criterium, een ander persoon of college, is vrij weinig op te merken. Waar het bij a-organen om publiekrechtelijke rechtspersonen gaat, betreft het bij b-organen privaatrechtelijke rechtspersonen of natuurlijke personen. Schlössels en Zijlstra schrijven dat aan de woorden 'persoon of college' geen onderscheidende betekenis toekomt, maar dat het in feite iedere entiteit

kan betreffen.¹³⁵ Vanuit de gedachte dat het b-organabegrip gecreëerd is om rechtsbescherming tegen overheidsmacht open te stellen, ongeacht de vorm van die macht, is dit logisch. Het klassieke voorbeeld van een natuurlijk persoon als b-orgaan is de APK-keurder die op grond van artikel 83 Wegenverkeerswet 1994 door de Dienst Wegverkeer bevoegd kan worden gemaakt keuringsrapporten af te geven. Andere voorbeelden van natuurlijke personen als b-orgaan zijn de notaris (artikel 2 Wet op het notarisambt) en de gerechtsdeurwaarder (artikel 2 Gerechtsdeurwaarderswet). Klassieke voorbeelden van rechtspersonen als b-organen zijn De Nederlandsche Bank (Naamloze Vennootschap) en de Autoriteit Financiële Markten (stichting). De in de inleiding van deze paragraaf genoemde uitspraak over Stichting Impuls laat overigens zien dat ook groepen natuurlijke personen als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. In die uitspraak ging de Afdeling namelijk na of naast Stichting Impuls ook de regiegroep, die geen privaatrechtelijke rechtsvorm kende en alleen bestond uit wijkbewoners, kon worden aangemerkt als bestuursorgaan. Uiteindelijk was daarvan zoals gezegd geen sprake, maar dat lag niet aan de vorm van de regiegroep.

Enig openbaar gezag

Het tweede criterium, enig openbaar gezag, heeft zowel in de literatuur als in de rechtspraak tot meer discussie geleid. In de Memorie van Toelichting bij de Awb staat dat er sprake is van enig openbaar gezag wanneer een orgaan de publiekrechtelijke bevoegdheid heeft tot het bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten, waarbij de regering opmerkt dat het dan gaat om rechten en/of verplichtingen.¹³⁶ Deze formulering komt in rechtspraak (en literatuur) over het b-organabegrip veelvuldig terug, waarbij vaak wordt gesproken van het *eenzijdig* bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten.¹³⁷ In beginsel kan deze bevoegdheid alleen verkregen worden bij of krachtens wettelijk voorschrift, dat op zijn beurt te herleiden moet zijn tot een wet in formele zin. Deze eis vindt zijn oorsprong in het legaliteitsbeginsel, dat inhoudt dat eenzijdig verplichtend overheidshandelen van een specifieke wettelijke grondslag moet zijn voorzien.¹³⁸ De bevoegdheden van de hiervoor genoemde Nederlandsche Bank berusten bijvoorbeeld op de Bankwet 1998 en die van de Autoriteit Financiële Markten onder andere op de Wet op het financieel toezicht.

In de literatuur is betoogd dat het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling tot gevolg heeft dat b-organen op gemeentelijk niveau, behoudens een bijzondere formeelwettelijke grondslag, niet voor kunnen komen.¹³⁹ De redenering daarvoor loopt als volgt: het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling houdt in dat bevoegdheden van het gemeentebestuur alleen geattribueerd of gedelegeerd mogen worden aan organen die in de Gemeentewet zijn genoemd. Naast het college is

135 Schlössels en Zijlstra 2017, p. 89.

136 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 27.

137 Zie bijvoorbeeld *AB* 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.1; *AB* 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.3; Schlössels en Zijlstra 2017, p. 89; Damen 2016, p. 95.

138 Van Ommeren 1996, p. 153-154.

139 Zijlstra 1997, p. 349-362.

de belangrijkste daarvan de bestuurscommissie uit artikel 83 Gemeentewet, maar er kunnen ook aan bepaalde ambtenaren bevoegdheden worden gedelegeerd, bijvoorbeeld de gemeentelijke belastinginspecteur. Deze organen zijn geen b-orgaan omdat ze behoren tot de organieke structuur van de publiekrechtelijke rechtspersoon de gemeente, waardoor zij op grond van artikel 1:1 lid 1 sub a Awb als a-bestuursorgaan moeten worden aangemerkt. De Gemeentewet biedt verder geen grondslag voor delegatie aan natuurlijke of privaatrechtelijke rechtspersonen, maar omdat de Gemeentewet een wet in formele zin is, kan er in een andere formele wet van worden afgeweken. Er kunnen dus wel b-organen op gemeentelijk niveau bestaan, maar die zouden dan een grondslag moeten hebben in een formele wet. Zolang die er niet is, kunnen er op lokaal niveau op grond van het legaliteitsbeginsel volgens het gesloten stelsel geen b-organen bestaan.

In de praktijk wordt de soep evenwel niet zo heet gegeten. Naast een wettelijke grondslag, zijn in de jurisprudentie namelijk nog twee manieren tot ontwikkeling gekomen waarop een persoon of college openbaar gezag kan verkrijgen. De eerste betreft het geval waarin de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van een rechtspersoon. De overheid kan dan ambtenaren aanstellen bij die rechtspersoon en het bestuur van de rechtspersoon is bestuursorgaan voor zover het handelingen verricht met betrekking tot deze ambtenaren.¹⁴⁰ Deze manier van het bekleed zijn met openbaar gezag wordt hier verder buiten beschouwing gelaten. De tweede manier is voor de praktijk van grotere betekenis en is bekend komen te staan als de publieke-taakjurisprudentie.¹⁴¹ De klassieke uitspraak waarin de basis werd gelegd voor deze lijn in de jurisprudentie is de uitspraak in de zaak Stichting Silicose oud-mijnwerkers uit 1995.¹⁴² De zaak draaide om de Stichting Silicose die eenmalige financiële vergoedingen uitkeerde aan oud-mijnwerkers die leden aan de beroepsziekte Silicose. Dit deed de stichting niet op grond van een wettelijk voorschrift, maar de Afdeling besloot desondanks dat er toch sprake was van een b-orgaan. De vergoedingen waren namelijk volledig afkomstig van het Rijk en het reglement op basis waarvan de vergoedingen werden verstrekt, moest, hoewel het door de Stichting was opgesteld, worden goedgekeurd door de toenmalige Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Er bestond daarmee tussen de Stichting en de staatssecretaris een nauwe financiële en inhoudelijke band, waarbij de Stichting fungeerde als doorgeeffluik voor de staatssecretaris. De Afdeling concludeerde hieruit dat er sprake was van uitvoering van een overheidstaak (een publieke taak) en dat de beslissing om een vergoeding toe te kennen of te weigeren moest worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Omdat alleen bestuursorganen besluiten in de zin van de Awb kunnen nemen, moest de Stichting worden aangemerkt als een b-orgaan, meer specifiek een buitenwettelijk b-orgaan.

140 Schlössels en Zijlstra 2017, p. 89-90; *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 27-28.

141 Zie daarover uitgebreid onder anderen Jak 2015a; Jak 2015b; Peters 2016a; Peters 2015.

142 *AB* 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra.

Op deze uitkomst kwam al gelijk na het verschijnen van de uitspraak behoorlijk felle kritiek.¹⁴³ Die komt er in de kern op neer dat de rechter met deze aanpak privaatrechtelijke rechtspersonen bekleed met publiekrechtelijke bevoegdheden zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. De uitspraak vormt, met andere woorden, een inbreuk op het legaliteitsbeginsel. Zijlstra schrijft in zijn noot bij de uitspraak dat de voordelen die de rechter met deze benadering behaalt, namelijk bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor de burger, niet opwegen tegen de staatsrechtelijke nadelen die ermee gepaard gaan, namelijk het tekort doen van de eis van wetmatigheid van bestuur en een vermindering van rechtszekerheid in algemene zin.¹⁴⁴ Deze kritiek behoeft voor het doel van dit stuk verder geen uitvoerige bespreking. Feit is dat de bestuursrechter de jurisprudentie ondanks de (terechte) bezwaren ertegen heeft voortgezet.¹⁴⁵

In 2014 werd de zaak Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schiphol door de Afdeling aangegrepen om staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven een conclusie te laten schrijven over het buitenwettelijke b-orgaan.¹⁴⁶ In lijn met die conclusie besliste de Afdeling dat het verrichten van een publieke taak geen zelfstandig criterium is om een orgaan te kunnen kwalificeren als buitenwettelijk b-orgaan.¹⁴⁷ Alleen de twee criteria die hiervoor al genoemd zijn in het kader van de Stichting Silicose-uitspraak zijn daarvoor relevant. Er moet sprake zijn van een financiële en inhoudelijke band met een a-orgaan. In de Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schiphol-uitspraak verduidelijkte de Afdeling deze twee criteria. Van een financiële band is sprake wanneer de verstrekking van de uitkeringen of voorzieningen ‘in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derde of meer, wordt gefinancierd door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb’.¹⁴⁸ Van een inhoudelijke band is sprake wanneer ‘de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb’. De Afdeling voegde hieraan toe dat het betrokken bestuursorgaan (of bestuursorganen) geen zeggenschap hoeft te hebben over een beslissing over een verstrekking in een individueel geval.¹⁴⁹ Ook hoeft het bestuursorgaan dat overwegend de inhoudelijke criteria voor de verstrekking bepaalt niet hetzelfde bestuursorgaan te zijn dat de financiële middelen verstrekt.¹⁵⁰ In een op dezelfde dag gewezen uitspraak, hanteerde de Afdeling dezelfde manier van toetsen. Beide uitspraken zijn sindsdien bekend komen te staan als de 17-septemberuitspraken.¹⁵¹

143 De noot van Zijlstra bij de uitspraak biedt daarvan een goed voorbeeld. Voor overige kritische literatuur zie Overkleef-Verburg 2009, p. 368-370.

144 AB 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra.

145 Zie voor voorbeelden van uitspraken Peters 2016b, p. 676-677.

146 Conclusie A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260, 23 juni 2014.

147 AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.2. Volgens Peters had de ABRvS hier al eerder buiten de publieke-taakjurisprudentie om een voorschot opgenomen. Peters 2016a.

148 AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.1.

149 AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.1.

150 AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.1.

151 De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hebben inmiddels de lijn van de Afdeling overgenomen: JB 2018/166, m.nt. J.A.F. Peters; Gst. 2018/142, m.nt. N. Jak; AB 2019/80, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; JB 2019/29, Gst. 2019/34, m.nt. N. Jak.

Het is belangrijk te benadrukken dat de Afdeling in de 17-septemberuitspraken het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt neemt bij de vraag of een persoon of college openbaar gezag uitoefent en zodoende als bestuursorgaan kan worden aangemerkt. De uitzondering die in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen, geldt dan ook alleen voor organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken.¹⁵² Is daarvan geen sprake, dan zal een persoon of college niet over openbaar gezag kunnen beschikken zonder wettelijke grondslag. In de jurisprudentie is één geval voorgekomen waarin de rechter heeft getoetst aan de criteria voor buitenwettelijke b-organen zonder dat er sprake was van een doorgeefluikconstructie. In een zaak voor de Afdeling uit 2016 had een taxibedrijf een boete opgelegd gekregen van de minister van Infrastructuur en Milieu wegens het overtreden van de Arbeidstijdenwet. Stichting TX-Keur (STX) had daarop het STX-keurmerk, een soort kwaliteitskeurmerk voor taxibedrijven, van het taxibedrijf ingetrokken. Later bleek dat de minister bij het opleggen van de boete een onjuiste wettelijke grondslag had gehanteerd en dat er een substantieel lagere boete zou zijn opgelegd bij het hanteren van de juiste wettelijke grondslag. In dat geval zou ook het STX-keurmerk niet zijn ingetrokken. Het taxibedrijf betoogde dat het door intrekking van het keurmerk omzetverlies had geleden en verzocht de minister om schadevergoeding, wat door deze werd afgewezen. De vraag waarvoor de Afdeling zich gesteld zag, was of de afwijzing van de minister gekwalificeerd kon worden als besluit in de zin van de Awb. Daarvoor was het vereist (om procesrechtelijke redenen die er hier verder niet toe doen) dat de intrekking van het keurmerk door STX op zijn beurt gekwalificeerd kon worden als besluit. De Afdeling oordeelde dat daarvan geen sprake was omdat de stichting geen bestuursorgaan was omdat hij niet krachtens publiekrecht was ingesteld en ook niet met openbaar gezag was bekleed. Tot die laatste conclusie kwam de Afdeling door expliciet te toetsen aan de criteria geformuleerd in de 17-septemberuitspraken en te bepalen dat aan beide vereisten niet was voldaan.¹⁵³ Peters merkt in zijn noot bij de uitspraak op dat dit beter achterwege gelaten had kunnen worden aangezien de strategische benadering uit de publieke-taakjurisprudentie niet voor dit soort situaties bedoeld is.¹⁵⁴ Het feit dat er daarvoor en sindsdien buiten de situaties van doorgeefluikconstructies nooit meer aan is getoetst en de uitspraak in de STX-zaak enkelvoudig is afgedaan, doet vermoeden dat het een foutje van de bestuursrechter was waaraan verder geen belang moet worden gehecht.

Hoe dit ook zij, de 17-septemberuitspraken waren bedoeld als verduidelijking van de publiek-taakjurisprudentie maar hebben genoeg ruimte gelaten voor vragen. De belangrijkste daarvan is de vraag wanneer er gesproken kan worden van een (voldoende) inhoudelijke band met een a-orgaan. De criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen moeten in beslissende mate bepaald worden door het a-orgaan, maar wanneer is dat het geval?

152 AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.1.

153 AB 2016/246, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.

154 AB 2016/246, m.nt. J.A.F. Peters, onder 3.

Widdershoven geeft in zijn conclusie bij de 17-septemberuitspraken aan dat een goedkeuringsrecht voldoende is om te kunnen spreken van een inhoudelijke band.¹⁵⁵ Institutionele invloed van de overheid op de rechtspersoon kan verder ‘een additioneel argument zijn voor een positief oordeel over de inhoudelijke band, maar heeft geen zelfstandige betekenis’.¹⁵⁶ In de Stichting Impulsuitspraak legt de Afdeling het criterium in ieder geval restrictief uit, waardoor aangenomen mag worden dat niet snel voldaan zal zijn aan het inhoudelijkheidsvereiste.¹⁵⁷ Ook in het geval van het criterium van een financiële band met een a-orgaan reist de vraag wanneer hieraan voldaan is aangezien de Afdeling in de 17-septemberuitspraken stelt dat er *in beginsel* sprake moet zijn van twee derden financiering. Dat betekent dat het onder omstandigheden ook een groter of kleiner aandeel mag betreffen, maar wanneer daarvan sprake is zal de jurisprudentie moeten aanwijzen.¹⁵⁸

Ten slotte moet er met betrekking tot het buitenwettelijke b-orgaan nog gewezen worden op de hiervoor in paragraaf 4.2 al aangehaalde uitspraak van de Afdeling in de zaak Stichting Cultuur Eindhoven. Daarin stond centraal de vraag of een stichting die geld verstrekke aan een bibliotheek in Eindhoven subsidiebesluiten kon nemen. De Afdeling toetste aan de criteria uit de 17-septemberuitspraken en kwam tot de conclusie dat de stichting kon worden aangemerkt als buitenwettelijk b-orgaan. Vervolgens stelde de Afdeling dat voor het verstrekken van subsidies op grond van artikel 4:23 Awb in beginsel een wettelijke grondslag is vereist. Daaraan was in casu uiteraard niet voldaan omdat buitenwettelijke b-organen nu juist hun openbaar gezag niet ontlenen aan een wettelijke grondslag. Ook gingen de uitzonderingen op het vereiste van een wettelijke grondslag uit artikel 4:23 Awb niet op. De door de stichting genomen subsidiebesluiten waren daardoor onbevoegd genomen.¹⁵⁹ Hiervoor is al behandeld dat de oplossing die de Afdeling aanreikt om dit bevoegdheidsgebrek te verhelpen, namelijk toekenning bij gemeentelijke verordening van de bevoegdheid om subsidiebesluiten te nemen, botst met het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling. Dit stelsel brengt zoals gezegd met zich mee dat de gemeenteraad, het college en de burgemeester alleen bevoegdheden mogen attribueren of delegeren voor zover daarin in een formele wet, in dit geval de Gemeentewet, is voorzien. De Gemeentewet biedt geen mogelijkheid om bevoegdheden te delegeren aan privaatrechtelijke rechtspersonen. Zoals gezegd is het de vraag of de Afdeling daadwerkelijk een uitzondering op het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling heeft willen creëren. De ene uitzondering op het legaliteitsbeginsel wordt dan namelijk vervangen door een andere uitzondering op hetzelfde beginsel. Vanuit dat beginsel bezien, is het

155 Conclusie A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260, 23 juni 2014, onder 4.20.

156 Conclusie A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260, 23 juni 2014, onder 4.17 en 4.20.

157 AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden.

158 Peters 2016b, p. 676-677.

159 AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden; *Gst.* 2019/86, m.nt. E.M.M.A Driessen; *JB* 2019/52.

dan toch een beetje lood om oud ijzer. Het is afwachten hoe dit zich verder in de rechtspraak ontwikkeld. In de tussentijd heeft het oordeel van de Afdeling dat bij het verstrekken van subsidies principieel vastgehouden moet worden aan de eis van een wettelijke grondslag wel de nodige gevolgen. Feitelijk zullen subsidieverstrekken buitenwettelijke b-organen op gemeentelijk niveau erdoor tot het verleden gaan behoren.

4.4.3 *Tussenconclusie: het bestuursorgaanbegrip en initiatieven*

Het bestuursorgaanbegrip uit de Awb is bedacht met het oog op de twee hoofddoelen van die wet, namelijk het normeren van het openbaar bestuur en het bieden van rechtsbescherming tegen overheidsgezag. Op het moment dat een burgerinitiatief zich in deze sferen begeeft, reist de vraag of het dan als bestuursorgaan moet worden aangemerkt. Met betrekking tot die vraag bestaat er over bepaalde aspecten consensus. Ten eerste kan een privaatrechtelijk vormgegeven initiatief niet als a-orgaan worden aangemerkt omdat een privaatrechtelijk orgaan juridisch geen onderdeel kan zijn van een publiekrechtelijk rechtspersoon. Ten tweede hoeft een initiatief niet met openbaar gezag te zijn bekleed om als a-orgaan te kunnen worden aangemerkt. Openbaar gezag kan kwalificatie als zodanig eventueel wel kleuren, maar is niet noodzakelijk.¹⁶⁰ Ten derde kan een initiatief in beginsel alleen op basis van een wettelijk voorschrift over openbaar gezag beschikken. In combinatie met het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling betekent dit dat initiatieven die over openbaar gezag willen beschikken, in beginsel vormgegeven zullen moeten worden als bestuurscommissie, waarmee zij een a-orgaan zijn. Deze situatie verandert alleen wanneer er voor overdracht van openbaar gezag aan een (privaatrechtelijk) initiatief een specifieke wettelijke grondslag in een bijzondere formele wet wordt gecreëerd.¹⁶¹ In dat geval zal een initiatief als b-orgaan moeten worden aangemerkt. Zolang die grondslag niet bestaat, zal een initiatief alleen als b-orgaan kunnen worden aangemerkt als het op grond van de criteria uit de publieke-taakjurisprudentie beschikt over openbaar gezag. Afgaande op de uitkomst in de zaak Stichting Impuls zal daarvan niet snel sprake zijn.¹⁶²

Voor initiatieven die bekleed zijn met openbaar gezag, is het al met al vrij duidelijk wanneer zij als bestuursorgaan moeten worden aangemerkt. Voor initiatieven die niet met openbaar gezag zijn bekleed, kan dat ingewikkelder liggen. Dat geldt in het bijzonder voor de initiatieven die in dit onderzoek centraal staan. Deze initiatieven beogen zeggenschap bij burgers te beleggen op terreinen die traditioneel tot het openbaar bestuur worden gerekend, daarbij gebruikmakend van alternatieve democratische besluitvormingsprocedures. In de overgrote meerderheid van de gevallen werken deze initiatieven nauw samen met de lokale overheid. De Coöperatieve Wijkraad is hier een goed voorbeeld van. Het initiatief

¹⁶⁰ Dat laat overigens zien dat materiële aspecten bij een formeel begrip als het a-orgaan een belangrijke rol kunnen spelen, net als dat formele aspecten dat kunnen bij een materieel begrip als het b-orgaan.

¹⁶¹ Waarbij een kleine slag om de arm moet worden gehouden ten aanzien van de vraag of dit ook geldt voor subsidieverstrekken privaatrechtelijke rechtspersonen. AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden.

¹⁶² Zie voor een kritiek daarop Den Ouden 2016 en Van den Berge 2018.

is ingesteld door de raad, de spelregels zijn opgesteld door het college, zes raadsleden zijn er lid van en het hele initiatief wordt met publiek geld bekostigd. De vraag is of de Coöperatieve Wijkraad daarmee als orgaan van de publiekrechtelijk rechtspersoon de gemeente Groningen kan worden beschouwd. Dat is zeker geen uitgemaakte zaak. Er bestaan verschillende opvattingen over wanneer iets als een orgaan van een publiekrechtelijk rechtspersoon moet worden aangemerkt en ook is er discussie mogelijk over wat precies voldoet als publiekrechtelijke grondslag om de plaats en functie van zo'n orgaan in te omschrijven. Hoewel hierover verschil van mening mogelijk is, dient bij dit alles het doel van de Awb voor ogen te worden gehouden, namelijk het publiekrechtelijk normeren van al het openbaar bestuur. Die normering is niet alleen beoogd voor de gevallen waarin er sprake is van een publiekrechtelijke rechtshandeling, maar expliciet ook in het geval van privaatrechtelijke en feitelijke handelingen door de overheid. De Coöperatieve Wijkraad is zoals gezegd ingesteld door de raad en uit de spelregels kan in sterke mate een eigen plaats en functie onderscheiden worden. Daar komt bij dat (1) het expliciet de bedoeling is zeggenschap over zaken die de wijk aangaan van de gemeentelijke overheid over te dragen aan de wijkbewoners, (2) de wijkraad beschikt over een budget van € 200.000 publiek geld wat hij via ambtenaren kan aanwenden, (3) de gemeenteraad gevraagd wordt zich te committeren aan de beslissingen van de wijkraad, (4) de leden een vergoeding krijgen uit de gemeentelijke kas en (5) de bezwaar- en beroepsprocedure (weliswaar foutief) is opengesteld voor beslissingen van de wijkraad. Dit alles bij elkaar genomen, doet sterk vermoeden dat hier sprake is van openbaar bestuur. In dat geval zou het bij de doelstelling van de Awb passen om de Coöperatieve Wijkraad en soortgelijke initiatieven als a-organen aan te merken.

4.5 Algemeen vertegenwoordigende organen

In het vorige hoofdstuk is beschreven dat de Coöperatieve Wijkraad beslissingen neemt op terreinen die de wijk aangaan, waarbij hij zoveel mogelijk moet beslissen zoals de wijk zou doen. De Coöperatieve Wijkraad kan daardoor gekwalificeerd worden als een vertegenwoordiging van de wijk. Om de wijk echt te kunnen vertegenwoordigen, ook de groepen die niet politiek betrokken zijn, is het volgens de initiatiefnemers cruciaal om de Coöperatieve Wijkraad en het wijkpanel samen te stellen door middel van loting. In theorie zorgt dit instrument namelijk voor een onbevooroordeelde afspiegeling van de wijk. Met het oog daarop is het voor de Coöperatieve Wijkraad (en andere vergelijkbare initiatieven) van groot belang vast te stellen of het als algemeen vertegenwoordigend orgaan moet worden aangemerkt. Als dat namelijk het geval is, dan kan het orgaan niet via loting worden samengesteld omdat artikel 4 Grondwet voorschrijft dat iedere Nederlander het recht heeft de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te kiezen erin gekozen te worden. Met andere woorden, voor algemeen vertegenwoordigende organen geldt het actieve en passieve

kiesrecht. Hierna wordt daarom behandeld wanneer een orgaan als algemeen vertegenwoordigend in de zin van artikel 4 Grondwet moet worden aangemerkt.

4.5.1 *De grondwetsherziening van 1983*

De introductie van artikel 4 in de Grondwet in 1983 was niet het eerste moment dat men zich afvroeg wanneer (gemeentelijke) organen gekozen zouden moeten worden. Het kwam onder andere al ter sprake tijdens de parlementaire behandeling van de introductie van het gemeentelijk commissiestelsel in 1964. Deze wetwijziging maakte het voor gemeenten zoals gezegd mogelijk over te gaan tot zowel functionele als territoriale decentralisatie door middel van het instellen van commissies. In de Tweede Kamer werd de vraag gesteld of territoriale commissies moesten worden samengesteld door verkiezingen. Minister Toxopeus van Binnenlandse Zaken kon daar in algemene zin geen antwoord op geven. Volgens de minister was het allereerst aan de raad om te bepalen hoe een dergelijke commissie moest worden samengesteld. Wel meende hij dat bij het maken van die keuze de aard en omvang van de toegekende bevoegdheden bepalend moesten zijn: ‘indien bij voorbeeld in de commissie slechts vraagstukken aan de orde komen, die niet of nauwelijks om een oplossing naar politieke criteria vragen, zou het houden van directe verkiezingen minder voor de hand liggen’.¹⁶³

Bij de introductie van artikel 4 Grondwet ten tijde van de grondwetsherziening van 1983 ging er uiteraard expliciet aandacht uit naar de vraag wat een algemeen vertegenwoordigend orgaan is. Voor organen op het lokale niveau golden volgens het kabinet-Den Uyl twee criteria om als zodanig te kunnen worden aangemerkt. Ten eerste moest het orgaan een algemeen karakter hebben en ten tweede moest hij een bepaalde zwaarte in het bestuursproces innemen.¹⁶⁴ Het algemene karakter moest blijken uit een takenpakket dat op meer zag dan slechts een specifiek onderdeel van het totale bestuursterrein. Als voorbeelden van organisaties die hier niet aan voldeden werden de waterschappen en de vroegere product- en bedrijfsschappen genoemd.¹⁶⁵ De zwaarte moest blijken uit de taak en positie van het orgaan, dat een zeker gewicht moest hebben en zich niet moest beperken tot advisering of studie.¹⁶⁶ Het kabinet-Van Agt-I, dat

163 *Kamerstukken II* 1963/64, 6627, nr. 5, p. 3.

164 Voor het gewestelijke niveau hanteerde de regering twee ietwat andere criteria, namelijk (1) samenstelling en (2) bevoegdheden. De samenstelling heeft zowel betrekking op vertegenwoordiging als op afspiegeling. Daarbij geldt de regel hoe groter de groep vertegenwoordigden, hoe algemener het vertegenwoordigend orgaan. Het belang van de bevoegdheden slaat op het takenpakket van het orgaan. Een orgaan behoeft, logischerwijs, meer democratische legitimatie naarmate zijn bevoegdheden ingrijpender en/of omvangrijker zijn. Toch meen ik dat deze criteria niet wezenlijk verschillen van de criteria voor het lokale niveau. Het lijkt er eerder op dat de regering voor zowel het regionale als het lokale niveau een voorbeeld wilde geven, maar daarbij het verschil tussen beide niet wilde aanzetten. Van der Pot 2014, p. 331.

165 *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 7, p. 21-22.

166 *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 7, p. 21. Hoewel de regering in de Memorie van Antwoord deze twee criteria toelicht aan de hand van het voorbeeld van pré-gewesten, geldt deze toelichting naar mijn mening ook voor het lokale niveau. Zie noot 163.

nog tijdens de grondwetswijzigingsprocedure aantrad, hanteerde expliciet een andere interpretatie van het begrip ‘algemeen vertegenwoordigend orgaan’. Volgens dit kabinet was daarvan pas sprake als het orgaan een takenpakket had dat in belangrijke mate overeenkwam met dat van een provincie of gemeente. Er moest dan ook niet te snel worden aangenomen dat sprake was van een algemeen vertegenwoordigend orgaan.¹⁶⁷

De Greef meent dat van deze twee verschillende interpretaties de bredere uitleg die het kabinet-Den Uyl aan het begrip ‘algemeen vertegenwoordigend orgaan’ geeft, leidend moet zijn. Hij draagt daarvoor als argument aan dat de uitleg van het kabinet-Van Agt-I beruiste op een bepaling uit de op het moment van de grondwetsherzieningsprocedure in voorbereiding zijnde nieuwe Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr). Deze bepaling is later uit de Wgr is geschrapt, waarmee volgens De Greef ook de grond onder de interpretatie van artikel 4 Grondwet door het kabinet-Van Agt-I is weggevallen en zodoende de uitleg van het kabinet-Den Uyl moet worden aangehouden.¹⁶⁸ Dat is om twee redenen te kort door de bocht. Ten eerste heeft het kabinet-Van Agt-I in het kader van de grondwetsherzieningsprocedure een eigen uitleg gegeven van het begrip ‘algemeen vertegenwoordigend orgaan’ door te stellen dat vereist is dat een orgaan een takenpakket moet hebben dat vergelijkbaar is met dat van een gemeente of provincie. Het kabinet geeft weliswaar aan dat dit met name geldt voor vormen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar uit niets blijkt dat de uitleg daaraan is voorbehouden. Ten tweede is de uitleg van het kabinet-Van Agt-I inderdaad ontleend aan een later uit de Wgr geschrapte bepaling, maar dat betekent nog niet dat hij daar ook juridisch op gebaseerd is. Daarnaast heeft het kabinet-Van Agt-I expliciet aangegeven dat er niet te snel moet worden aangenomen dat er sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan.¹⁶⁹ De uitleg van het kabinet-Van Agt-I moet daarom leidend worden geacht. Deze interpretatie is in vergelijking met de interpretatie van het kabinet-Den Uyl veel minder normatief. Dit is in lijn met de bedoeling van de grondwetgever ten aanzien van de bepalingen over provincies en gemeenten. Deze moesten zoveel mogelijk gedeconstitutionaliseerd worden en de artikelen die overbleven moesten vooral niet normatief van aard zijn.¹⁷⁰ Op grond van de interpretatie van het kabinet-Van Agt-I schrijft de Grondwet minder snel voor dat er voor een orgaan verkiezingen moeten worden georganiseerd. Dit geeft de formele wetgever meer vrijheid om zelf te bepalen of een orgaan al dan niet via verkiezingen wordt samengesteld. De gemeentewetgevers van 1992, 2002 en 2014 hebben alle drie van deze vrijheid gebruikgemaakt.

167 *Kamerstukken I* 1978/79, 13872 en 13873, nr. 96a, p. 7. Zie ook De Greef 2011, p. 281-282.

168 De Greef 2011, p. 282-283.

169 *Kamerstukken I* 1978/79, 13872 en 13873, nr. 96a, p. 7.

170 Bovend'Eert e.a., *Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet*, Deventer: Kluwer 2011. Zie met name het hoofdstuk van Van Merriënboer.

4.5.2 *De gemeentewet 1992*

Zoals gezegd werd in artikel 87 van de Gemeentewet 1992 de deelgemeente geïntroduceerd als een speciale soort commissie, zij het nog niet bij naam. Lid 1 van dit artikel luidde als volgt:

‘De leden van een commissie waaraan de behartiging van de belangen van een deel van de gemeente is opgedragen en waaraan met het oog daarop een zodanig samenstel van bevoegdheden van de raad is overgedragen, dat zij als een algemeen vertegenwoordigend orgaan moet worden aangemerkt, worden rechtstreeks gekozen door de ingezetenen van dat deel van de gemeente die kiesgerechtigd zijn voor de verkiezing van de leden van de raad.’

Met dit artikel werd voor het eerst in de Gemeentewet een onderscheid aangebracht tussen “normale” en “zware” territoriale commissies. Verkiezingen voor de zware variant werden verplicht gesteld, want ‘naarmate een territoriale commissie een meer algemene en zware bestuurstaak heeft, neemt het belang van de burger om invloed uit te kunnen oefenen op de samenstelling van een dergelijke commissie toe. Het zou dan ook in strijd zijn met de strekking van artikel 4 [Grondwet] indien voor zo’n commissie rechtstreekse invloed van de burger door middel van algemeen kiesrecht in het algemeen zou worden uitgesloten’.¹⁷¹ Het bleef in eerste instantie wel aan de gemeenteraad om te bepalen of van een dergelijke commissie sprake was.¹⁷² Toch kleurde de regering het antwoord op de vraag wanneer er verkiezingen georganiseerd moesten worden deels in. Als belangrijkste criterium gold de omvang van het pakket raadsbevoegdheden dat werd overgedragen: ‘[a]lleen als een aanmerkelijke hoeveelheid bevoegdheden van de raad is overgedragen, kan gesproken worden van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Voor de eerder genoemde beoordeling is niet relevant of daarnaast ook bevoegdheden van het college van burgemeester en wethouders en/of van de burgemeester worden overgedragen’.¹⁷³ De bevoegdheid van de raad die vooral van belang werd geacht, was de verordenende bevoegdheid. Als deze bevoegdheid werd overgedragen, was er meer aanleiding om te concluderen dat er sprake was van een algemeen vertegenwoordigend orgaan.¹⁷⁴

4.5.3 *De Gemeentewet 2002*

Met de dualiseringswet uit 2002 werd de bepaling over zware territoriale commissies op het oog ingrijpend gewijzigd. Het in de praktijk al gangbare begrip ‘deelgemeente’ werd nu ook in de wet geïntroduceerd in artikel 87 lid 1 Gemeentewet. Lid 2 luidde in het oorspronkelijke wetsvoorstel:

‘De raad, het college en de burgemeester kunnen gezamenlijk bij verordening voor een deelgemeente een deelgemeentebestuur instellen, bestaande uit een deelraad en een dagelijks bestuur, waaraan de behartiging van een aanzienlijk deel van de belangen van deze deelgemeente wordt opgedragen.’

171 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 108.

172 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 108.

173 *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 10, p. 171.

174 *Kamerstukken II* 1989/90, 19403, nr. 16, p. 52. Vgl. *Kamerstukken II* 1989/90, 19836, nr. 15, p. 3.

In lid 5 werd bepaald dat de leden van de deelraad rechtstreeks verkozen werden door de ingezetenen van de betrokken deelgemeente die ook kiesgerechtigd waren voor de verkiezing van de leden van de gemeenteraad. De term ‘algemeen vertegenwoordigend orgaan’ was anders dan in de oude bepaling niet in de nieuwe bepaling opgenomen, maar hier moeten geen verregaande conclusies aan verbonden worden. Het was evident de bedoeling deelraden als algemeen vertegenwoordigende orgaan aan te merken. Sterker nog, uit de parlementaire behandeling blijkt dat er een zekere vermenging optrad tussen de begrippen ‘deelraad’ en ‘algemeen vertegenwoordigend orgaan’. Oorspronkelijk gold voor het zijn van dat laatste volgens de minister alleen dat een aanzienlijk deel van de belangen van een deelgemeente aan het deelgemeentebestuur moest zijn opgedragen, meer specifiek aan de deelraad. Tijdens de parlementaire behandeling veranderde de minister van mening: ‘[b]ij nader inzien ben ik van oordeel dat dit criterium niet geheel toereikend is voor de beoordeling of een territoriale commissie als algemeen vertegenwoordigend orgaan kan worden aangemerkt. Het begrip “algemeen vertegenwoordigend orgaan” dient naar mijn mening meer inhoudelijk te worden ingevuld dan in het huidige artikel 87 en artikel 87 van het wetsvoorstel het geval is. Voor de vraag of een territoriale commissie rechtstreeks gekozen moet worden door de ingezetenen, is naar mijn mening bepalend of deze commissie de bevoegdheid heeft om voor deze ingezetenen algemeen verbindende voorschriften vast te stellen [...] Heeft een commissie verordenende bevoegdheid, dan is er van een deelraad in de zin van de Gemeentewet sprake die rechtstreeks door de ingezetenen gekozen dient te worden. Het al dan niet hebben van verordenende bevoegdheid is naar mijn mening een helder en eenduidig criterium om deelraden te onderscheiden van “gewone” territoriale commissies’.¹⁷⁵ Naar aanleiding van vragen van de CDA-fractie in de Eerste Kamer over dit onderwerp, merkte de minister nog op: ‘[o]ok indien slechts de bevoegdheid tot de vaststelling van één verordening is overgedragen, is, mits er uiteraard ook sprake is van twee organen waaraan de behartiging van een aanzienlijk deel van de belangen van deelgemeente wordt opgedragen, sprake van een deelgemeentebestuur, bestaande uit een algemeen vertegenwoordigend lichaam, de deelraad, en een dagelijks bestuur’.¹⁷⁶ Uiteindelijk kwam artikel 87 lid 2 Gemeentewet te luiden:

‘De raad, het college en de burgemeester kunnen gezamenlijk bij verordening voor een deelgemeente een deelgemeentebestuur instellen, bestaande uit een deelraad en een dagelijks bestuur, waaraan de behartiging van een aanzienlijk deel van de belangen van deze deelgemeente wordt opgedragen, en waarbij de raad aan de deelraad de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften ten aanzien van die deelgemeente geheel of gedeeltelijk overdraagt.’

Uit de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt dat voor het zijn van een deelgemeente vereist is dat er (1) sprake is van een bestuur dat zorg draagt voor een aanzienlijk deel van de belangen van de deelgemeente en (2)

¹⁷⁵ *Kamerstukken II 2000/01, 27751*, nr. 6, p. 72.

¹⁷⁶ *Kamerstukken I 2001/02, 27751*, nr. 10b, p. 65.

er een orgaan is dat als algemeen vertegenwoordigend kan worden aangemerkt omdat het algemeen verbindende voorschriften mag vaststellen. Deze koppeling tussen de begrippen ‘deelgemeente’ en ‘algemeen vertegenwoordigend orgaan’ was ook al door de gemeentewetgever van 1992 aangebracht, zij het dat het toen zoals gezegd ging om een zware territoriale commissie en er geen scheiding bestond tussen een deelraad en een dagelijks bestuur. Dat laatste was een gevolg van de dualisering en is voor hetgeen hier besproken wordt verder niet relevant. Relevant is wel dat wat hier opgemerkt is over algemeen vertegenwoordigende organen steeds in de juiste context moet worden gezien. De minister lijkt ten tijde van de parlementaire behandeling van de Gemeentewet 2002 te suggereren dat het hebben van verordenende bevoegdheid voldoende is om te kunnen worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan. Dat geldt echter alleen voor zover het een orgaan betreft dat onderdeel is van een bestuur dat een aanzienlijk deel van de belangen van een deel van de gemeente behartigt. Wanneer de opmerkingen van de minister zo zouden worden begrepen dat elk orgaan dat over verordenende bevoegdheid beschikt tot algemeen vertegenwoordigend orgaan zou moeten worden verklaard, dan zou dat tot uitkomsten leiden die in strijd zijn met de bedoeling van de grondwetgever. Dan zouden immers ook de waterschappen moeten worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigende organen en dat was nu juist niet de bedoeling van de grondwetgever. Het moest gaan om organen met een takenpakket vergelijkbaar met dat van de gemeente of provincie en niet te snel moest worden aangenomen dat daarvan sprake was. Met andere woorden, wat in de parlementaire geschiedenis van de Gemeentewet 1992 en de Gemeentewet 2002 is gezegd over algemeen vertegenwoordigende organen moet geplaatst worden in de context van binnengemeentelijke decentralisatie en moet grondwetsconform worden geïnterpreteerd.

4.5.4 *De afschaffing van de deelgemeenten in 2014*

De laatste wetgever die gebruik heeft gemaakt van de vrijheid die de Grondwet aan de formele wetgever biedt om te bepalen of een orgaan gekozen moet worden, is de wetgever die de deelgemeenten in 2014 heeft afgeschaft. In paragraaf 4.3.4 is daaraan al gerefereerd, waardoor hier de afschaffing alleen behandeld wordt voor zover deze relevant is voor de interpretatie van artikel 4 Grondwet. Een direct gevolg van de afschaffing van de deelgemeenten was volgens de kabinetten Rutte-I en Rutte-II dat er op lokaal niveau niet langer sprake zou kunnen zijn van andere algemeen vertegenwoordigende organen dan de gemeenteraad.¹⁷⁷ Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel tot afschaffing van de deelgemeenten zou het namelijk niet langer mogelijk zijn om de behartiging van een aanzienlijk deel van de belangen van een deel van de gemeente, alsmede de bevoegdheid tot het

177 *Kamerstukken II 2011/12, 33017, nr. 3, p. 2.*

vaststellen van algemeen verbindende voorschriften over te dragen aan andere organen binnen de gemeente omdat dit nu juist voorbehouden was geweest aan de deelgemeenten.¹⁷⁸ De vraag is of dit klopt.

In haar advies bij het wetsvoorstel schreef de Raad van State dat met het schrappen van de bepalingen over de deelgemeenten de situatie zou herleven van vóór 1994. In die periode bevatte de Gemeentewet zoals gezegd geen specifieke bepaling over deelgemeenten maar bestond er wel een algemene bepaling over territoriale commissies. Aan deze commissies kon een substantieel takenpakket worden overgedragen, in welk geval het noodzakelijk was verkiezingen ervoor te organiseren. Volgens de Raad van State zou zo'n situatie zich na afschaffing van de deelgemeenten weer kunnen voordoen omdat er op grond van artikel 83 Gemeentewet namelijk nog steeds territoriale bestuurscommissies konden worden ingesteld. Deze zouden weliswaar een kleiner takenpakket en minder ruime regelgevende bevoegdheden hebben dan deelgemeenten, maar zij konden nog steeds de bevoegdheid overgedragen krijgen tot het vaststellen van verordeningen die niet door straffen of bestuursdwang te handhaven zijn. Dat betekende volgens de Raad van State dat aan hen een substantieel deel van het takenpakket van de toenmalige deelgemeenten kon worden overgedragen. In zo'n geval zou een bestuurscommissie over zo'n substantieel takenpakket beschikken dat het als algemeen vertegenwoordigend orgaan in de zin van artikel 4 Grondwet moest worden aangemerkt en er dus verkiezingen noodzakelijk waren.¹⁷⁹

De regering was het niet eens met het advies van de Raad van State. Enerzijds betoogde de regering dat een bestuurscommissie niet zou kunnen beschikken over een vergelijkbaar takenpakket als dat van een deelgemeente. Anderzijds en daarmee samenhangende zou een bestuurscommissie in tegenstelling tot een deelgemeente niet kunnen beschikken over verordenende bevoegdheid, waarmee de regering bedoelde de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Het eerste punt werd door de regering onderbouwd met twee argumenten. Het eerste argument, een doelmatigheidsargument, laat ik hier voor wat het is.¹⁸⁰ Het tweede argument richtte zich op het verschil in de tekst van de bepalingen over bestuurscommissies en deelgemeenten. Voor deelgemeenten was expliciet vastgelegd dat daaraan de behartiging van een aanzienlijk deel van de belangen van de deelgemeente moest zijn opgedragen. De regering leidde daaruit af dat "gewone" territoriale bestuurscommissies nooit over zo'n breed takenpakket als deelgemeenten konden beschikken. Dat was immers aan die laatste voorbehouden.¹⁸¹ Voor dit argument is een duidelijk aanknopingspunt in de Memorie van Toelichting van de Gemeentewet 2002 te vinden. Daarin wordt over de bestuurscommissies opgemerkt dat het om functionele commissies kan gaan, 'maar ook om lichte territoriale commissies'.¹⁸² Met andere woorden, bestuurscommissies zijn door de gemeentewetgever van 2002 niet bedoeld om

178 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 3, p. 2.

179 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 4, p. 8.

180 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 4, p. 9-10.

181 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 4, p. 9; *Kamerstukken II* 2011/12, 33017, nr. 6, p. 11 en 14; *Kamerstukken I* 2012/13, 33017, nr. B, p. 16.

182 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 3, p. 73.

over eenzelfde takenpakket en gewicht als deelgemeenten te beschikken. Datzelfde geldt ook voor de gemeentewetgever van 1992. Het standpunt van de Raad van State, dat bij het schrappen van de bepalingen over de deelgemeenten de situatie van vóór 1994 zou herleven, is in dit licht bezien weinig overtuigend.¹⁸³

Het tweede punt dat de regering inbracht tegen de zienswijze van de Raad van State ligt gecompliceerder. Naast het behartigen van een aanzienlijk deel van de belangen van een deel van de gemeente, gold volgens de wetgever uit 2002 als tweede criterium voor het zijn van een deelgemeente dat er een deelraad moest zijn met de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. In eerste instantie hield ook het kabinet-Rutte-I de lijn aan dat dit als een los criterium moest worden gezien.¹⁸⁴ In de loop van de behandeling van het wetsvoorstel bleek echter dat de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften als een *conditio sine qua non* moest worden beschouwd om te kunnen spreken van een taken- en bevoegdhedenpakket vergelijkbaar met dat van een deelgemeente en daarmee van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Deze zienswijze lijkt voor het eerst door het kabinet te worden gehanteerd tijdens een wetgevingsoverleg met de vaste commissie Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer. Verantwoordelijk minister Spies (CDA) werd daarin gevraagd wanneer het takenpakket van een territoriale bestuurscommissie ex artikel 83 Gemeentewet aanzienlijk genoeg zou zijn om rechtstreekse verkiezingen verplicht te stellen. De minister gaf aan dat het moeilijk was die grens precies te trekken, maar dat er dan gedacht moest worden aan ‘een breed en samenhangend pakket aan taken die van oudsher aan de deelgemeenten worden gegeven’.¹⁸⁵ Het Kamerlid Heijnen (PvdA) vroeg daarop of dan het pakket aan taken dat toen door de deelgemeenten in Rotterdam werd uitgevoerd, minus de bevoegdheid om een verordening op de winkeltijden vast te stellen, na inwerkingtreding van het wetsvoorstel ook door een bestuurscommissie zou kunnen worden uitgevoerd. De minister gaf daarop bevestigend antwoord.¹⁸⁶ Dat zou betekenen dat het verschil tussen het zijn van een deelgemeente met een taken- en bevoegdhedenpakket wat rechtstreekse verkiezingen noodzakelijk maakt en het zijn van een bestuurscommissie met een pakket wat dat niet doet, de bevoegdheid tot het vaststellen van één verordening is. Daarmee lijkt de bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen onderdeel te zijn geworden van de vraag of een orgaan een aanzienlijk deel van de belangen van een deel van de gemeente behartigt. Het is onduidelijk of de minister met haar opmerkingen inderdaad heeft willen aangeven dat de regering een nieuwe zienswijze was gaan hanteren. Het kan natuurlijk dat ze zich tijdens het wetgevingsoverleg heeft laten verrassen of op een ondoordacht moment iets heeft gezegd wat niet klopte, waardoor misschien niet te veel betekenis aan het antwoord van de minister moet worden toegekend. Het leidt echter geen twijfel dat het nieuw aangetreden kabinet-Rutte-II tijdens

183 Nog afgezien van het feit dat voor het volgen van de zienswijze van de Raad van State meer dan 25 jaar ontwikkeling in de praktijk en wetgeving moet worden genegeerd.

184 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017 nr. 6, p. 14.

185 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017 nr. 17, p. 29.

186 *Kamerstukken II* 2011/12, 33017 nr. 17, p. 29-30.

de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer wél duidelijk een nieuwe zienswijze hanteerde. Herhaaldelijk gaf de verantwoordelijke minister Plasterk (PvdA) aan dat de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen als onderdeel moest worden gezien van het hebben van een zodanig zwaar taken- en bevoegdhedenpakket dat verkiezingen verplicht zijn op grond van artikel 4 Grondwet.¹⁸⁷

Het kabinet-Rutte-II beschouwde de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te kunnen vaststellen als een noodzakelijke maar niet een voldoende voorwaarde om te kunnen spreken van een zodanig zwaar taken- en bevoegdhedenpakket dat een territoriale commissie moest worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan. Net als het voorgaande kabinet, vond ook dit kabinet dat zo'n pakket überhaupt niet aan territoriale bestuurscommissies ex artikel 83 Gemeentewet kon worden opgedragen omdat dit voorbehouden was geweest aan deelgemeenten. Daarnaast werd door zowel het kabinet-Rutte-I als Rutte-II betoogd dat met het verdwijnen van de deelgemeenten ook de mogelijkheid voor de raad zou verdwijnen om verordenende bevoegdheid over te dragen aan territoriale bestuurscommissies.¹⁸⁸ In paragraaf 4.3.4 is al aangetoond dat dat betoog niet klopt. Verordenende bevoegdheid, voor zover de algemeen verbindende voorschriften niet door straffen of bestuursdwang te handhaven zijn, mag nog steeds worden overgedragen. Met de afschaffing van de deelgemeenten is wel de mogelijkheid komen te vervallen om een substantieel taken- en bevoegdhedenpakket over te dragen aan binnengemeentelijk gedecentraliseerde territoriale commissies. De bestuurscommissies uit artikel 83 kunnen namelijk net als de deelgemeenten wel territoriaal worden ingericht, maar zijn bedoeld als lichte varianten daarvan.

4.5.5 *Tussenconclusie: algemeen vertegenwoordigende organen en initiatieven*

Dan resteert de vraag wat het bovenstaande betekent voor het bestaan op lokaal niveau van algemeen vertegenwoordigende organen anders dan de raad. Zoals gezegd meende de Raad van State dat bestuurscommissies op grond van artikel 83 Gemeentewet als zodanig kunnen worden aangemerkt wanneer zij beschikken over de bevoegdheid algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Deze interpretatie van artikel 4 Grondwet wordt niet ondersteund door de grondwetsgeschiedenis noch door de ontwikkeling van de Gemeentewet sinds 1992. De grondwetgever meende dat voor het zijn van een algemeen vertegenwoordigend orgaan vereist is dat een orgaan beschikt over een takenpakket vergelijkbaar met dat van een gemeente of provincie. De gemeentewetgevers

187 *Kamerstukken I 2012/13, 33017, nr. B, p. 7, 15 en 16; Kamerstukken I 2012/13, 33017, nr. D, p. 7.*

188 Het begrip verordening kent in de Grondwet en Gemeentewet geen vastomlijnde definitie. Meestal bevatten verordeningen algemeen verbindende voorschriften, maar er kunnen ook andere regels onder vallen. Tekst en commentaar Grondwet 2015 (Broeksteeg, Commentaar bij artikel 127 Grondwet); Tekst en commentaar Gemeentewet 2017 (Munneke/Van der Laan, Commentaar bij artikel 147 Gemeentewet). Bij de behandeling van dit wetsvoorstel is het vrijwel zeker dat men een verordening heeft gelijkgesteld aan een algemeen verbindend voorschrift.

van 1992, 2002 en de wetgever van 2014 hebben dit zo geïnterpreteerd dat er van twee criteria sprake moet zijn, namelijk de vereisten dat een orgaan (a) een algemeen en breed takenpakket opgedragen moet krijgen en (b) moet beschikken over verordenende bevoegdheid. Het tweede criterium werd daarbij door de gemeentewetgevers van 1992 en 2014 meer dan door die van 2002 als onderdeel van het eerste criterium gezien. Belangrijk om te benadrukken is dat geen enkele wetgever de verordenende bevoegdheid als voldoende criterium voor het zijn van een algemeen vertegenwoordigend orgaan heeft beschouwd. Dat is precies wat de Raad van State wel deed. Na de terechte constatering dat er na afschaffing van de deelgemeenten nog bepaalde verordenende bevoegdheid kan worden overgedragen aan bestuurscommissies concludeerde de Raad dat deze commissies kunnen beschikken over een substantieel deel van het takenpakket van een voormalige deelgemeente. Dat werd vervolgens gelijkgesteld aan een substantieel takenpakket in de zin van artikel 4 Grondwet. Voor die laatste stap is in de grondwetsgeschiedenis geen steun te vinden en het leidt daarnaast tot een interpretatie van artikel 4 die niet grondwetsconform is. Zelfs als de Raad van State gelijk heeft dat het beschikken over bepaalde verordenende bevoegdheid, welke naar eigen zeggen minder ruim is dan die van deelgemeenten, gelijkstaat aan het beschikken over een substantieel deel van het takenpakket van deelgemeenten, dan nog is dat niet hetzelfde als een takenpakket vergelijkbaar met dat van een gemeente. Verordenende bevoegdheid alleen is daarvoor niet genoeg en kan dat ook niet zijn zonder te botsen met de expliciete verklaring van de grondwetgever dat niet te snel geconcludeerd moet worden dat sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan.¹⁸⁹

Verordenende bevoegdheid alleen is dan weliswaar niet voldoende, maar kan wel worden overgedragen. De vraag is dan of er een zodanig met een gemeente vergelijkbaar takenpakket aan een bestuurscommissie ex artikel 83 Gemeentewet kan worden toegekend dat er sprake is van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Om twee redenen kan daarvan geen sprake zijn. Ten eerste is het op grond van artikel 156 lid 3 Gemeentewet verboden de bevoegdheid te delegeren om verordeningen vast te stellen die door straffen of bestuursdwang te handhaven zijn. Dit is een zwaarwegend onderdeel van het bevoegdhedenpakket van de raad en het ontbreken daarvan in het bevoegdhedenpakket van een bestuurscommissie is op zich al reden om aan te nemen dat het daardoor niet te vergelijken is met dat van een gemeente. Ten tweede kan aan gewone territoriale bestuurscommissies sinds 1992 niet een met deelgemeenten (en daarmee gemeenten) vergelijkbaar taken- en bevoegdhedenpakket worden overgedragen. De gemeentewetgever van 1992 bepaalde dit impliciet door onderscheid te maken tussen twee varianten territoriale bestuurscommissies, een lichte en een zware die rechtstreeks gekozen moest worden. Tijdens de parlementaire behandeling van de Gemeentewet 2002 werd de bestuurscommissie ex artikel 83 Gemeentewet

189 Het is overigens wel begrijpelijk dat de RvS aansluiting zoekt bij de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften als criterium voor het zijn van een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Deze regels binden namelijk alle burgers, en iedere burger heeft daarmee belang bij het samenstellen van het orgaan dat deze regels vaststelt via het uitoefenen van zijn kiesrecht.

expliciet als lichte commissie naast de zwaardere deelgemeenten aangeduid. Bestuurscommissies zijn nooit bedoeld om te beschikken over eenzelfde taken- en bevoegdhedenpakket als de deelgemeenten, die juist op grond daarvan als algemeen vertegenwoordigend orgaan werden aangemerkt. Wellicht dat op juridisch-technische gronden zou kunnen worden betoogd dat artikel 156 Gemeentewet de ruimte laat om min of meer dezelfde bevoegdheden over te dragen aan bestuurscommissies als dat er aan deelgemeenten werden overgedragen.¹⁹⁰ Dat zou evenwel de facto tot het tegenovergestelde leiden van wat de wetgever met het afschaffen van de deelgemeenten heeft willen bereiken. De bedoeling van de wetgever is op dit punt zo helder, dat een dergelijke handelswijze in strijd met de wet moet worden geacht. Kort en goed betekent dit dat bestuurscommissies ex artikel 83 Gemeentewet niet over een zodanig zwaar taken- en bevoegdhedenpakket kunnen beschikken dat zij moeten worden aangemerkt als algemeen vertegenwoordigend orgaan in de zin van artikel 4 Grondwet. Op zijn beurt betekent dit dat initiatieven in de vorm van territoriale bestuurscommissies niet als algemeen vertegenwoordigend orgaan zullen worden aangemerkt en dat artikel 4 Grondwet niet op hen van toepassing is.

4.6 Conclusie

In de inleiding van dit hoofdstuk werd de vraag gesteld welke mogelijkheden het gemeentebestuur heeft om via publiekrechtelijke weg initiatieven te faciliteren die burgers op dorps- of wijkniveau bij het bestuur willen betrekken en welke mogelijkheden er zijn om aan hen zeggenschap over te dragen. Specifiek was het de vraag of de manier waarop de CWR probeert maatschappelijk eigenaarschap te combineren met publieke zeggenschap gerealiseerd kan worden binnen het wettelijk kader. Het blijkt dat dit in verregaande mate mogelijk is, maar dat er ook bepaalde verplichtingen zijn waar een initiatief als de CWR op botst. De belangrijkste daarvan is ongetwijfeld deze: op het moment dat het gemeentebestuur burgers wil betrekken bij het bestuur en daadwerkelijk publiekrechtelijke zeggenschap wenst te geven aan initiatieven, dan dienen initiatieven zo te worden vormgegeven dat zij onderdeel worden van de gemeentelijke overheid. Meer specifiek moeten zij worden geïnstalleerd als bestuurscommissie in de zin van artikel 83 Gemeentewet. Dat is wellicht een open deur, maar wel een die het waard is nog eens ingetrapt te worden. De gedachte die namelijk herhaaldelijk terug te vinden is, bij zowel gemeentebesturen als initiatiefnemers, is dat er op dit moment aan initiatieven publiekrechtelijke zeggenschap kan worden gegeven zonder dat de gekoesterde afstand tussen de overheid en het maatschappelijk initiatief verdwijnt. Dat is op grond van het huidige recht niet mogelijk. Een initiatief kan ofwel zeggenschap krijgen, waarbij het onderdeel van de overheid is of wordt, ofwel het kan de afstand ten opzichte van de overheid bewaren, waarbij het alleen

¹⁹⁰ Met uitzondering van de bevoegdheid verordeningen vast te stellen door straffen of bestuursdwang te handhaven.

adviserend kan optreden. In het geval van het daadwerkelijk attribueren of delegeren van bevoegdheden is deze tegenstelling absoluut vanwege het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling.¹⁹¹ In het geval van mandaat is de tegenstelling wat minder zwart-wit aangezien er bevoegdheden gemandateerd mogen worden aan niet-ondergeschikte niet-publieke actoren. In dat geval zal men er echter naar verwachting snel tegenaan lopen dat de aard van de bevoegdheid zich tegen mandaat verzet vanwege de positie van de gemandateerde.

Dat gezegd hebbende, kan een initiatief als de CWR dus wel over publiek-rechtelijke bevoegdheden beschikken als het als bestuurscommissie wordt vormgegeven. De meeste bevoegdheden komen voor overdracht in aanmerking. Dat is alleen anders wanneer ze specifiek zijn uitgezonderd of wanneer de aard van de bevoegdheid zich tegen overdracht verzet. In de volgende hoofdstukken wordt van enkele van deze niet-overdraagbare bevoegdheden vastgesteld of een wijziging van het wettelijk kader om overdracht ervan mogelijk te maken, zou neerkomen op een principiële wijziging van de gemeentelijke democratie. Voor de conclusies daarover, zij verwezen naar deze hoofdstukken. In dit hoofdstuk is komen vast te staan dat het sinds 2014 niet langer mogelijk is aan territoriaal gedecentraliseerde commissies een taken- en bevoegdhedenpakket over te dragen dat dezelfde omvang heeft als dat van de voormalige deelgemeenten. Deze (potentiële) beperking voor de ambities van initiatieven als de CWR kan uiteraard door de wetgever weer worden teruggedraaid. Een dergelijke wijziging zou neerkomen op een praktische wijziging van het wettelijk kader aangezien geen van de drie beginselen die ten grondslag liggen aan de gemeentelijke democratie erdoor worden geraakt.

In het geval dat er bevoegdheden gedelegeerd worden, kan de concrete opzet van de CWR wel in botsing komen met het wettelijk kader. Dat is afhankelijk van de vraag welk orgaan bevoegdheden delegeert aan de bestuurscommissie. Als dat het college is, dan kunnen raadsleden geen lid zijn van de CWR. Dit zou in strijd zijn met het uitgangspunt van de dualisering dat de raad, het college en hun commissies in personele en functionele zin van elkaar gescheiden moeten zijn. Een wijziging van het wettelijk kader die tot doel heeft de opzet van de CWR ook mogelijk te maken wanneer het college er bevoegdheden aan delegeert, komt neer op een principiële wijziging van de gemeentelijke democratie. Een van de beginselen die daaraan ten grondslag ligt, is namelijk de scheiding tussen de gepolitiseerde raad als kaderstellend, controlerend en budgetterend orgaan en het geprofessionaliseerde college als bestuurlijk en uitvoerend orgaan. Wanneer het college bevoegdheden delegeert en men vasthoudt aan de opzet van de CWR, dan zouden raadsleden betrokken worden bij de uitoefening van collegebevoegdheden, en dat zou afdoen aan het beginsel.

¹⁹¹ Met uitzondering wellicht van het delegeren aan privaatrechtelijke rechtspersonen van de bevoegdheid tot het verstrekken van subsidies.

De bovengenoemde beperkingen waarmee de CWR geconfronteerd wordt, zijn het gevolg van het feit dat het wettelijk kader op dit moment alleen de mogelijkheid biedt om aan initiatieven bevoegdheden toe te kennen wanneer zij georganiseerd worden als bestuurscommissie. De wetgever kan er ook voor kiezen initiatieven als de CWR te faciliteren door de algemene delegatiegrondslagen uit artikel 156 en artikel 165 Gemeentewet zo te wijzigen dat er ook aan privaatrechtelijk georganiseerde maatschappelijke initiatieven bevoegdheden mogen worden overgedragen. Op het nationale niveau is het al veel langer mogelijk om privaatrechtelijke organisaties met publiekrechtelijke bevoegdheden te bekleden. Er zijn natuurlijk redenen om een dergelijke praktijk niet op het gemeentelijke niveau mogelijk te maken. De gemeentelijke overheid wordt er ondoorzichtiger van en besluitvormende bevoegdheden worden belegd buiten de eigenlijke overheidsorganisatie. Als een initiatief dan geen verantwoordingsrelatie heeft met het gemeentelijke orgaan dat de bevoegdheden overdraagt, zoals dat voor bestuurscommissies wel is geregeld in artikel 85 Gemeentewet, dan kan dat orgaan alleen de uitoefening van de bevoegdheid juridisch beïnvloeden door de delegatie in te trekken. Deze aanpak vermindert dus in het algemeen de invloed van de raad en/of het college over de uitoefening van de bevoegdheid. Toch kunnen bepaalde bezwaren tegen het beleggen van gemeentelijke bevoegdheden bij maatschappelijke initiatieven ook worden weggenomen. Allereerst kan het delegerende orgaan te allen tijde besluiten de delegatie ongedaan te maken wanneer er in zijn ogen onwenselijk gebruik wordt gemaakt van een bevoegdheid. Daarnaast blijven de initiatieven bij delegatie publiekrechtelijk genormeerd over de band van het b-orgaanbegrip van de Awb. Daarvoor is immers de vorm van een initiatief irrelevant maar gaat het juist om de vraag of er een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt uitgeoefend. Verder zijn er een aantal belangrijke bevoegdheden die om verschillende redenen niet gedelegeerd kunnen worden. Daaronder vallen ook de meest belangrijke bevoegdheden die de democratische legitimatie van de gemeenteraad vereisen, zoals het budgetrecht en het recht om straffen te stellen op de overtreding van verordeningen. Deze bevoegdheden kunnen dus niet buiten de gemeentelijke overheid terecht komen.

Los van deze nuancerings van de nadelen die gepaard gaan met het creëren van een mogelijkheid voor gemeentelijke bestuursorganen om hun bevoegdheden te delegeren aan (privaatrechtelijke) maatschappelijke initiatieven, brengt de aanpak ook een belangrijk voordeel met zich mee. Het maakt het mogelijk om publieke zeggenschap te geven aan initiatieven op een manier die meer recht doet aan hun gevoel van maatschappelijk eigenaarschap. Op het moment dat een initiatief als bestuurscommissie georganiseerd wordt, dan wordt het zoals gezegd onderdeel van de overheid. Het wordt daarmee onderdeel van wat bestuurskundigen de systeemwereld noemen.¹⁹² Op het moment dat een initiatief publieke zeggenschap mag uitoefenen zonder daarvoor in een door de overheid gecreëerde mal te hoeven worden gegoten, dan blijft het in de ogen van initiatiefnemers onderdeel van de samenleving. Het is dan onderdeel van wat bestuurskundigen de leefwereld

192 Van Ostaaijen 2018, p. 19-20; Puffers 2015; ROB 2017.

noemen.¹⁹³ Door een initiatief onderdeel te laten zijn van de leefwereld, hebben betrokkenen meer het gevoel dat zij eigenaar zijn van het initiatief en hebben zij het gevoel controle te hebben over hun directe leefomgeving. Het bevorderen van een gevoel van maatschappelijk eigenaarschap is vaak een van de belangrijkste doelstellingen van initiatieven die beogen de gemeentelijke democratie te hervormen. Het streven om dit gevoel te stimuleren, sluit goed aan op de communalistische elementen, besproken in hoofdstuk twee, die nog steeds te herkennen zijn in het stelsel van de gemeentelijke democratie. Het communalisme houdt zoals gezegd elke vorm van normatief denken in waarin aan het plaatselijke politieke proces, in welke vorm dan ook, een positief gewaardeerde rol wordt toegekend, alsmede de pogingen om deze idealen in de praktijk te verwezenlijken. Het houdt een streven in om de maatschappij bij het bestuur te betrekken. In het wettelijk kader komt dit niet alleen tot uitdrukking in het commissiestelsel, maar ook in bijvoorbeeld de samenstellingswijze van de raad (verkiezingen door ingezetenen) en het deeltijdkarakter van het raadslidmaatschap (raadsleden blijven onderdeel van de maatschappij). Het komt ook tot uiting in het feit dat er überhaupt gemeenten bestaan en dat deze autonome bevoegdheden hebben: het zijn letterlijk gemeenschappen die zichzelf besturen. Een initiatief als de CWR, waarin geprobeerd wordt aan een wijk met een eigen identiteit zeggenschap te geven, loopt in de pas met deze belangrijke kenmerken van de gemeentelijke democratie en past goed bij een van de beginselen daarvan, namelijk het streven naar subsidiariteit. Dat het een wijkvertegenwoordiging is, en bijvoorbeeld Thorbecke en Oppenheim tegen vormen van wijkvertegenwoordiging waren, hoeft daar niets aan af te doen. Het is namelijk de vraag of zij daar vandaag de dag nog hetzelfde over zouden denken als zij de omvang zouden zien van bijvoorbeeld een gemeente als Súdwest-Fryslân of een stad als Amsterdam. Deze gemeenten zijn zo groot en hebben zoveel ingezetenen, dat verschillende plaatselijke verbanden er onderdeel van uitmaken. Een wijziging van het wettelijk kader om deze verbanden bij het gemeentebestuur te betrekken, botst daarom niet principieel met dit beginsel van de gemeentelijke democratie.

Wel kan een wijziging om bevoegde initiatieven als de CWR mogelijk te maken nog met het beginsel botsen dat het gemeentelijke bestuursmodel gedualiseerd is. Dat komt enerzijds door de wens van het initiatief om integraal te besturen en anderzijds door de gedepoliteerde opzet van de CWR. Integraal bestuur, waarmee hier bedoeld wordt dat een orgaan zowel op de institutionele terreinen van de raad als op het terrein van het college actief is, behoort sinds 2002 niet langer tot de mogelijkheden. Meer dan ooit zijn de raad en het college twee verschillende organen en zijn hun functies gescheiden. Dit werd noodzakelijk geacht voor de herkenbaarheid van de posities van beide organen en moest er ook voor zorgen dat de raad zich weer kon richten op zijn politieke rol. Deze scheiding is ook voor het binnengemeentelijk gedecentraliseerde niveau doorgevoerd, zoals bleek uit de herstructurering van de commissies

193 Van Ostaaijen 2018, p. 19-20; Putters 2015; ROB 2017.

en de deelgemeenten in 2002. Bevoegdheden die voor politieke profilering kunnen worden aangewend, dienen ook op dit niveau bij een ander orgaan te zijn belegd dan het orgaan waarbij de bestuurlijke bevoegdheden zijn belegd die nodig zijn voor de uitvoering van het beleid. Een initiatief als de CWR kent weliswaar twee verschillende onderdelen in de vorm van de wijkraad zelf en het wijkpanel, maar in feite zijn alle taken belegd bij de wijkraad. Hierdoor is er alsnog sprake van een concentratie van beleidsvormende en bestuurlijke functies. Op het moment dat daaraan bevoegdheden zouden worden overgedragen, zou er dus geen sprake zijn van een scheiding tussen een gepolitiseerd beleidsbepalend orgaan en een geprofessionaliseerd besturend orgaan. Het is zelfs de vraag of er überhaupt sprake zou zijn van een gepolitiseerd orgaan. Uit de nadruk die het initiatief legt op deliberatie en loting blijkt namelijk dat de CWR op gedepoliteerde wijze tot besluiten hoort te komen. De aanname van deliberatieve besluitvorming is namelijk dat als deelnemers maar over voldoende kennis beschikken en voldoende naar elkaar luisteren, het beste argument uiteindelijk doorslaggevend is en er een besluit tot stand komt waar in beginsel iedereen zich in kan vinden. Verschillen moeten niet worden benadrukt, maar juist overeenkomsten. Gepoliteerde besluitvorming past ook helemaal niet bij het idee dat de wijkraad en het wijkpanel bestaan uit gelote wijkbewoners. Dit selectiemechanisme is nu juist bedoeld om politiek strategisch gedrag zoals het uitvergroten van tegenstellingen voor electoraal gewin niet te belonen. Het heeft immers voor deelnemers toch geen zin om dit te doen omdat zij aangewezen worden door het lot. Er zijn verschillende goede redenen te geven om dit soort gedepoliteerde besluitvorming te prefereren boven gepoliteerde besluitvorming, maar het feit is nu eenmaal dat het wettelijk kader de tweede soort besluitvorming geïnstitutionaliseerd heeft en het door de wetgever in 2002 als een van de belangrijkste manieren werd gezien om de lokale democratie te revitaliseren. Een wetswijziging die bevoegde initiatieven als de CWR mogelijk moet maken, waarbij er sprake is van gedepoliteerd integraal bestuur, botst daarom principieel met het beginsel dat het gemeentelijk bestuursmodel is gedualiseerd.