Semipublieke instellingen

Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag
Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag

© 2014 Niels Jak / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-997-0
ISBN 978-94-6274-175-1 (e-book)
NUR 823

www.bju.nl

VRIJE UNIVERSITEIT

Semipublieke instellingen

De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. F.A. van der Duyn Schouten,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
op woensdag 19 november 2014 om 15.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Niels Jak

geboren te Hoorn

promotoren: prof.mr. F.J. van Ommeren
prof.mr. S.E. Zijlstra

Aan mijn ouders

'I explain to him that in order to understand something I have to write it; while writing – writingly, as it were – I find myself dissolving into, becoming towards what I am trying to understand.'

Antjie Krog, *Begging to Be Black*, Cape Town: Random House Struik 2009

Dankwoord

Gedurende het onderzoek dat tot dit proefschrift heeft geleid, heb ik van diverse mensen steun gehad. Hen wil ik op deze plaats graag bedanken.

Allereerst wil ik graag mijn promotoren bedanken, Frank van Ommeren en Sjoerd Zijlstra. De afgelopen jaren hebben we met z'n drieën vele inspirerende gesprekken gevoerd over de concepten die ik aanleverde, waarbij jullie mij steeds hebben gestimuleerd om wat ik had geschreven nog beter te maken. Jullie gaven mij vertrouwen en vrijheid, maar ook richting; ingrediënten die uiteindelijk tot de succesvolle afronding van dit boek hebben geleid. Uniek was mijn verblijf samen met Frank van Ommeren aan de Universiteit Stellenbosch in november 2012. Frank, dat was in ieder opzicht, zowel professioneel als persoonlijk, 'worth the journey'.[1]

Voorts bedank ik graag de leden van de leescommissie: prof. mr. R. Nehmelman, mr. dr. J.A.F. Peters, prof. G. Quinot, prof. mr. M. Scheltema en prof. mr. E. Steyger voor de aandacht die zij aan dit boek hebben willen besteden en het waardevolle commentaar op het manuscript.

Bijzondere dank gaat uit naar prof. Geo Quinot die mij in de zomer en het najaar[2] van 2012 de mogelijkheid heeft geboden om aan de Fakulteit Regsgeleerdheid van de Universiteit Stellenbosch rechtsvergelijkend onderzoek te doen. Geo, ik heb warme herinneringen aan de weken dat ik mocht werken in het 'OU HOOFGEBOU', een van de mooiste gebouwen in Eikestad, en later, met Frank, in de C.L. Marais Bibliotheek. Ik dank je voor je gastvrijheid en de inhoudelijke gesprekken die ik met je heb mogen voeren over de juridische positie van semipublieke instellingen in het Zuid-Afrikaanse recht. Dank gaat tevens uit naar Petrus Maree en Michael Clark die mij wegwijs hebben gemaakt in het Zuid-Afrikaanse (bestuurs)recht en de juridische problematiek die in Zuid-Afrika speelt rondom state owned enterprises. Het is vooral aan hen te danken dat ik mij thuis ben gaan voelen in Stellenbosch.

Ik wil op deze plaats ook melding maken van het multidisciplinaire VU-project 'Publiek domein en markten'. Dit onderzoek is deels gefinancierd door gelden afkomstig uit dit zogenaamde 'VU-ster'-project.[3]

Graag bedank ik mijn (oud) collega's van de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit voor het prettige onderzoeksklimaat waarin ik dit proefschrift heb mogen schrijven. Daarbij wil ik in het bijzonder Pim Huisman

1 Zoals de lijfspreuk luidt van een welbekend wijnhuis gelegen in de Simonsberg-Stellenbosch ward.

2 Vanuit Zuid-Afrikaans perspectief gaat het hier overigens om de winter respectievelijk het voorjaar.

3 Zie daarover ook het in 2014 verschenen boekje van promotor Zijlstra, *Onherkenbaar veranderd. Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit 1980-2010*, p. 19.

bedanken voor de mooie jaren waarin wij als jonge onderzoekers met elkaar optrokken en ook samen publiceerden. Gedurende de laatste anderhalf jaar van mijn onderzoek was je als mijn dagelijks begeleider steeds op het juiste moment daar; dat zal ik niet vergeten. Ook wil ik Johan Wolswinkel graag bedanken, bij wie ik vaak even binnenliep om te sparren. Ik dank Richard Neerhof voor het optreden als dagelijks begeleider in het begin van mijn onderzoek.

Dank gaat voorts uit naar mijn broer(tje) Axel die samen met mij de tabel in § 15.2.4 in elkaar heeft geknutseld. Alison Gibbs dank ik voor de taalcorrectie van de Engelse samenvatting.

Ellen-Mai, dankbaar ben ik voor jouw liefde. De herinneringen zijn rijk, op naar het volgende avontuur, samen, met Loïs.

Oud Koog, 1 augustus 2014

Niels Jak

Inhoudsopgave

Dankwoord 7
Lijst van afkortingen 17

Hoofdstuk 1 Inleiding 21
1.1 Privatisering, verzelfstandiging, marktwerking en verstatelijking 21
1.2 De vloeiende grenzen van de overheid 22
1.3 Probleemstelling 24
1.3.1 Een governancebenadering van het recht 24
1.3.2 Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht 25
1.3.3 De juridische positie van semipublieke instellingen 26
1.4 Afbakening van het onderzoek: semipublieke instellingen 30
1.5 Methode van onderzoek 34
1.5.1 Algemeen 34
1.5.2 Externe rechtsvergelijking 34
1.5.2.1 Methode en doel 34
1.5.2.2 De keuze voor Zuid-Afrika 35
1.5.2.3 Rode draad: state owned enterprises 42
1.6 Rode draad 43
1.6.1 Inleiding 43
1.6.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 44
1.6.3 ProRail 46
1.7 Relevantie van het onderzoek 48
1.7.1 Wetenschappelijke relevantie 48
1.7.2 Maatschappelijke relevantie 50
1.8 Inbedding van het onderzoek 51
1.9 Opzet van dit boek 52
1.10 Ten slotte 54

Hoofdstuk 2 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming, materiële normen Algemene wet bestuursrecht en algemene beginselen van behoorlijk bestuur 55
2.1 Inleiding 55
2.2 Bestuursorgaan (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb) 55
2.2.1 Inleiding 55
2.2.2 Een persoon of college 58
2.2.3 De keuze voor het criterium openbaar gezag 58
2.2.4 Openbaar gezag 59
2.2.4.1 Inleiding 59
2.2.4.2 Overheidstaak en publiekrechtelijke bevoegdheid 59

2.2.4.3 Het (eenzijdig) bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten 63
2.2.5 Verkrijgen van openbaar gezag 69
2.2.5.1 Inleiding 69
2.2.5.2 Wettelijk voorschrift 70
2.2.5.3 Buitenwettelijk openbaar gezag: Silicose-jurisprudentie 72
2.2.5.4 Overwegende overheidsinvloed op het beheer van de rechtspersoon 79
2.2.6 Voor zover 80
2.2.7 Bestuursorgaan: de private rechtspersoon of een orgaan daarvan? 82
2.2.8 Conclusie 84
2.3 Niet-bestuursorganen 87
2.3.1 Inleiding 87
2.3.2 Artikel 3:14 BW 87
2.3.2.1 Inleiding 87
2.3.2.2 Achtergrond van artikel 3:14 BW 88
2.3.2.3 RZG/Comformed 91
2.3.2.4 Conclusie 93
2.3.3 Indirecte toepassing via open normen van het BW 93
2.3.4 Congruentie tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke normen 94
2.3.5 Conclusie 97
2.4 Rode draad 98
2.4.1 Inleiding 98
2.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 98
2.4.3 ProRail 100
2.5 Conclusie 103

Hoofdstuk 3 Wet Nationale ombudsman 109
3.1 Inleiding 109
3.2 Bestuursorgaan 110
3.2.1 Algemeen 110
3.2.2 Voor zover 111
3.3 (Zelf)kritiek Nationale ombudsman 112
3.4 Kinderombudsman en Veteranenombudsman 113
3.5 Rode draad 114
3.6 Conclusie 115

Hoofdstuk 4 Archiefwet 1995 117
4.1 Inleiding 117
4.2 Overheidsorgaan 118
4.2.1 Algemeen 118
4.2.2 Openbaar gezag 118
4.2.3 Voor zover 119

4.2.4 Rechtspraak 119
4.2.5 Overwegende overheidsinvloed 120
4.3 Rode draad 122
4.4 Conclusie 123

Hoofdstuk 5 Wet openbaarheid van bestuur 125
5.1 Inleiding 125
5.2 Bestuursorgaan 125
5.3 Instelling, dienst of bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan 127
5.3.1 Algemeen 127
5.3.2 Parlementaire geschiedenis 127
5.3.3 Rechtspraak 128
5.4 Hergebruik van informatie: overheidsorgaan 133
5.5 Nieuwe Wob: uitbreiding naar semipublieke sector 134
5.6 Rode draad 139
5.6.1 Inleiding 139
5.6.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 139
5.6.3 ProRail 141
5.7 Conclusie 145

Hoofdstuk 6 Algemene wet gelijke behandeling 149
6.1 Inleiding 149
6.2 Achtergrond en ratio uitzondering eenzijdig overheidshandelen 150
6.3 Eenzijdig overheidshandelen en bestuursorgaanbegrip 152
6.4 Rode draad 154
6.5 Conclusie 155

Hoofdstuk 7 Ambtenarenwet 157
7.1 Inleiding 157
7.2 De extensieve interpretatie in de rechtspraak 158
7.2.1 Inleiding 158
7.2.2 Openbare dienst en overwegende overheidsinvloed 158
7.2.2.1 Inleiding 158
7.2.2.2 Stichtingen 158
7.2.2.3 Verenigingen 160
7.2.2.4 Vennootschappen 161
7.2.3 Aanstelling als ambtenaar 162
7.2.4 Conclusie 163
7.3 De extensieve interpretatie en de wetsgeschiedenis 163
7.4 De extensieve interpretatie en de ratio van de ambtelijke status 165
7.5 Rode draad 166
7.5.1 Inleiding 166
7.5.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 166
7.5.3 ProRail 168
7.6 Conclusie 170

Hoofdstuk 8 Auteurswet **173**
8.1 Inleiding 173
8.2 Ratio artikelen 11 en 15b Auteurswet 174
8.3 Achtergrond van het begrip openbare macht 175
8.4 De reikwijdte van het begrip openbare macht: wettekst en rechtspraak 177
8.4.1 Inleiding 177
8.4.2 Wettekst artikel 11 177
8.4.3 Rechtspraak 179
8.5 Rode draad 181
8.5.1 Inleiding 181
8.5.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 181
8.5.3 ProRail 182
8.6 Conclusie 183

Hoofdstuk 9 Comptabiliteitswet 2001: onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer **185**
9.1 Inleiding 185
9.2 Rechtspersonen met een financiële binding met de Staat (art. 91 lid 1 sub a, b, c) 186
9.2.1 Inleiding 186
9.2.2 Ratio bevoegdheid Algemene Rekenkamer 187
9.2.3 Criteria 187
9.3 Rechtspersonen met een wettelijke taak (art. 91 lid 1 sub d) 189
9.3.1 Inleiding 189
9.3.2 Ratio bevoegdheid Algemene Rekenkamer 189
9.3.3 Criteria 190
9.4 Rode draad 193
9.4.1 Inleiding 193
9.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 193
9.4.3 ProRail 195
9.5 Conclusie 195

Hoofdstuk 10 Grondrechten **197**
10.1 Inleiding 197
10.2 Grondwet 198
10.2.1 Inleiding 198
10.2.2 Verticale werking 198
10.2.3 Horizontale werking 201
10.2.3.1 Algemeen 201
10.2.3.2 Semipublieke instellingen 205
10.2.4 Conclusie 207
10.3 EVRM 208
10.3.1 Inleiding 208
10.3.2 Verticale werking 208
10.3.2.1 Inleiding 208
10.3.2.2 Artikel 34 lid 1 EVRM: ‘governmental organisations’ 209

10.3.2.3 De verantwoordelijkheid van de Staat met betrekking tot de persoon 211
10.3.2.4 Artikel 6 lid 1 EVRM: 'civil rights and obligations' 214
10.3.2.5 Conclusie 214
10.3.3 Horizontale werking 215
10.3.4 Conclusie 219
10.4 Rode draad 220
10.4.1 Inleiding 220
10.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 220
10.4.2.1 Grondwet 220
10.4.2.2 EVRM 222
10.4.3 ProRail 224
10.4.3.1 Grondwet 224
10.4.3.2 EVRM 225
10.5 Conclusie 226

Hoofdstuk 11 Aanbestedingsrecht 231
11.1 Inleiding 231
11.2 Aanbestedende dienst en publiekrechtelijke instelling 233
11.2.1 Inleiding 233
11.2.2 Achtergrond 234
11.2.3 Criteria 236
11.2.3.1 Algemeen 236
11.2.3.2 Opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard 238
11.2.3.3 Rechtspersoonlijkheid 241
11.2.3.4 Financiering, beheer onderworpen aan toezicht of aanwijzing leden organen rechtspersoon 241
11.2.4 Voor zover 245
11.2.5 Verenigingen van aanbestedende diensten 247
11.3 Overheidsbedrijven 247
11.4 Ondernemingen met bijzondere of exclusieve rechten 248
11.5 Aanbestedingswet 2012 249
11.5.1 Algemeen 249
11.5.2 Aanbestedende dienst 249
11.5.3 Overheidsbedrijf 250
11.5.4 Bedrijven met bijzondere of uitsluitende rechten 251
11.6 Rode draad 252
11.6.1 Inleiding 252
11.6.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 252
11.6.2.1 Inleiding 252
11.6.2.2 Behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële aard 253
11.6.2.3 Financiering, beheer onderworpen aan toezicht of aanwijzing leden organen rechtspersoon 253

11.6.2.4 Aanbestedingsplicht Tijdelijke regeling DAEB toegelaten instellingen volkshuisvesting 255
11.6.2.5 Conclusie 255
11.6.3 ProRail 256
11.7 Conclusie 257

Hoofdstuk 12 Mededingingsrecht 261
12.1 Inleiding 261
12.2 Onderneming 263
12.2.1 Achtergrond 263
12.2.2 Economische activiteiten 265
12.2.3 Niet-economische activiteiten 265
12.2.4 Voor zover 268
12.3 Artikel 106 lid 2 VWEU 270
12.4 Rode draad 274
12.4.1 Inleiding 274
12.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 274
12.4.3 ProRail 276
12.5 Conclusie 278

Hoofdstuk 13 Rechtstreekse werking van richtlijnen 283
13.1 Inleiding 283
13.2 Achtergrond 284
13.3 Criteria 287
13.4 Voor zover 289
13.5 Andere Europese verplichtingen 290
13.6 Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten 290
13.7 Rode draad 291
13.7.1 Inleiding 291
13.7.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen) 292
13.7.3 ProRail 293
13.8 Conclusie 293

Hoofdstuk 14 Rechtsvergelijking met Zuid-Afrika 297
14.1 Inleiding 297
14.2 Grondrechten 298
14.2.1 Inleiding 298
14.2.2 Directe verticale werking: het 'organ of state'-begrip (section 239 Constitution) 300
14.2.2.1 Algemeen 300
14.2.2.2 Rechtspraak 302
14.2.2.3 'Control test' 303
14.2.3 Directe horizontale werking van de Bill of Rights 306
14.2.4 Indirecte werking van de Bill of Rights 309
14.2.5 Rode draad: state owned enterprises 310
14.2.6 Vergelijking met Nederland 312

14.2.6.1 Inleiding 312
14.2.6.2 Verticale werking van grondrechten 312
14.2.6.3 Horizontale werking van grondrechten en indirecte werking 315
14.2.7 Conclusie 317
14.3 Judicial review 318
14.3.1 Inleiding 318
14.3.2 Judicial review in het pre-democratische tijdperk 320
14.3.3 Het democratische tijdperk: verschillende wegen naar judicial review 320
14.3.3.1 Section 33 en de Promotion of Administrative Justice Act (PAJA) 320
14.3.3.2 Legality 321
14.3.3.3 Special statutory review 322
14.3.3.4 Review van private powers onder common law 322
14.3.4 De bijzondere kenmerken van de judicial review procedure 323
14.3.4.1 Inleiding 323
14.3.4.2 Procedures 324
14.3.4.3 Toetsingsgronden 326
14.3.4.4 Remedies 332
14.3.4.5 Geen exclusiviteitsregel 334
14.3.4.6 Relevantie action procedure 334
14.3.4.7 Conclusie 335
14.3.5 Judicial review op grond van de PAJA en het concept 'administrative action' 336
14.3.5.1 Inleiding 336
14.3.5.2 De verhouding tussen section 33 Constitution en de PAJA 337
14.3.5.3 Administrative action in de PAJA 340
14.3.5.4 Administrative action onder section 33 Constitution 344
14.3.5.5 Conclusie 347
14.3.6 Rode draad: state owned enterprises 348
14.3.7 Vergelijking met Nederland 348
14.3.7.1 Afbakeningscriterium en voor zover-benadering 348
14.3.7.2 Gezichtspunten 349
14.3.7.3 Judicial review van private powers 352
14.3.8 Mogelijke verklaringen voor de verschillen tussen het Zuid-Afrikaanse en het Nederlandse recht 353
14.3.9 Conclusie 357
14.4 De klassificatiebenadering 359
14.5 Conclusie 362

Hoofdstuk 15 Slotbeschouwing 369
15.1 Inleiding 369
15.2 Bevindingen 372
15.2.1 Inleiding 372

15.2.2 Het begrip overheid: een multifunctioneel en contextafhankelijk begrip 373
15.2.3 Materiële en formele criteria 375
15.2.4 Schematische samenvatting 376
15.3 Harmoniseren en systematiseren waar mogelijk, differentiëren waar nodig 378
15.4 Beëindiging Silicose-jurisprudentie 383
15.5 Uitbreiding bestuursorgaanbegrip met overwegende overheidsinvloed 385
15.6 Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn 389
15.6.1 Inleiding 389
15.6.2 Lenen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich voor directe toepassing op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn? 390
15.6.3 Mogelijke criteria 391
15.6.3.1 Inleiding 391
15.6.3.2 Publieke taak 391
15.6.3.3 Macht 394
15.6.4 Mogelijke vormen van publiekrechtelijke normering 395
15.7 Vooruitblik 397
15.8 Slotsom 400

Samenvatting 403
Summary 411
Literatuurlijst 417
Jurisprudentielijst 441
Reeds verschenen in de reeks Markt, overheid & recht 451

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
a.b.b.b.	algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	Advocaat-Generaal
All ER	All England Law Reports
All SA	All South African Law Reports
amvb	algemene maatregel van bestuur
Ar	Aanwijzingen voor de regelgeving
ARK	Algemene Rekenkamer
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
AVA	algemene vergadering van aandeelhouders
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awgb	Algemene wet gelijke behandeling
BBSH	Besluit Beheer Sociale Huursector
BCLR	Butterworths Constitutional Law Reports
Bob	Besluit openbaarheid van bestuur
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CGB	Commissie gelijke behandeling
Constitution	Constitution of the Republic of South Africa, 1996
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Cw 2001	Comptabiliteitswet 2001
DAEB	dienst van algemeen economisch belang
diss.	dissertatie
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHCR	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gerecht EU	Gerecht van de Europese Unie
Gst.	Gemeentestem
GvEA EG	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
JOL	Jurisprudentie OnLine
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
Ktr.	kantonrechter
losbl.	losbladige uitgave
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
m.nt.	met noot van
Mw	Mededingingswet
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM-Bulletin	NJCM-Bulletin. Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
n.n.g.	nog niet gepubliceerd
No	Nationale ombudsman
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
O&A	Tijdschrift Overheid en Aansprakelijkheid
PAIA	Promotion of Access to Information Act
PAJA	Promotion of Administrative Justice Act
par.	paragraaf
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PFMA	Public Finance Management Act
PJ	Pensioenjurisprudentie
Pres.	president
Rb.	rechtbank
Rbb	Raad voor het binnenlands bestuur
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RvC	Raad van Commissarissen
RvdW	Rechtspraak van de Week
rwt	rechtspersonen met een wettelijke taak
RZA	Rechtspraak Zorgverzekering c.a.
s	section
SA	South African Law Reports
SEW	SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht

Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	Nederlandse Staatscourant
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
tB/S	Ten Berge/Stroink, Wet Arob
TO	Tijdschrift voor omgevingsrecht
TvO	Tijdschrift voor openbaar bestuur
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
V&O	Vennootschap & Onderneming
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vz.	Voorzitter
Wet AROB	Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
Wet BAB	Wet Beroep administratieve beschikkingen
WNo	Wet Nationale ombudsman
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Privatisering, verzelfstandiging, marktwerking en verstatelijking

In de Nederlandse rechtsorde spelen privaatrechtelijke instellingen die een publieke taak behartigen een belangrijke rol. De overheid maakt bij het behartigen van haar taak veel gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen zoals stichtingen en vennootschappen. Zo wordt bijvoorbeeld openbaar gezag toegekend aan (commerciële) bedrijven. Een bekend voorbeeld zijn de garagebedrijven belast met het verrichten van APK-keuringen. Privaatrechtelijke rechtspersonen worden voorts ook speciaal door de overheid opgericht. Te denken valt aan De Nederlandsche Bank NV of stichtingen die worden opgericht als gemeentelijke schouwburg of gemeentelijk zwembad. De overheid heeft ook op allerlei manieren overwegende invloed op het beheer van privaatrechtelijke rechtspersonen, bijvoorbeeld via overheidsaandeelhouderschap. Voorbeelden hiervan zijn de Nederlandse Spoorwegen NV, ProRail BV, de Nederlandse Gasunie NV, maar ook commerciële (financiële) instellingen als ABN AMRO Group NV en SNS Reaal NV. Al deze privaatrechtelijke rechtspersonen bevinden zich op het snijvlak van overheid en samenleving.

De achtergrond van het gebruik door de overheid van private rechtspersonen voor haar taakbehartiging, is gelegen in het overheidsbeleid dat sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw gericht is op privatisering, verzelfstandiging en marktwerking. Dit beleid is tot stand gekomen in reactie op de problemen en ontwikkelingen in de economie, de samenleving en de overheid. De Nederlandse economie kampte in de jaren zeventig en tachtig met structurele problemen. Het privatiserings- en marktwerkingsbeleid beoogde de economische groei te stimuleren. Voorts was in de jaren tachtig sprake van een voortschrijdende sociale differentiatie in de samenleving. Daardoor ontstond een gedifferentieerde vraag naar overheidsdiensten die de aanleiding vormde voor de overheid om zich te heroriënteren op haar taak in de samenleving. De belangrijkste reden voor de hervormingen van het overheidsbeleid en het streven naar een kleinere rol voor de overheid houden verband met de benarde financiële situatie waarin de overheid destijds verkeerde. De verwachting was dat het nieuwe beleid zou leiden tot meer efficiëntie, betere kwaliteit, innovatie, vermindering van de staatsschuld, een kleinere, betere overheid die zich op haar kerntaken richt en een hogere economische groei. Een van de gevolgen van het beleid dat de overheid de afgelopen decennia heeft gevoerd, is dat de behartiging van publieke belangen in toenemende mate in handen is gekomen van private instellingen die daartoe door de overheid worden ingeschakeld.[1]

1 Zie over de ontwikkeling van het privatiserings- en verzelfstandigingsbeleid gedurende de afgelopen decennia: Stellinga 2012.

Een dergelijk gebruik door de overheid van private rechtspersonen is ook nu nog aan de orde van de dag.

Een andere – men zou kunnen zeggen: omgekeerde – ontwikkeling is de verstatelijking van het particulier initiatief. Het gaat hier om private instellingen die aanvankelijk op eigen initiatief maatschappelijke belangen behartigden, maar tijdens de opkomst van de verzorgingsstaat in toenemende mate financieel afhankelijk zijn geworden van de overheid. Het sinds de jaren tachtig opgekomen privatiserings- en verzelfstandigingsbeleid heeft geleid tot een herwaardering van de zelfstandige rol van de particuliere organisaties.[2] Een voorbeeld hiervan zijn de woningcorporaties. Deze zijn oorspronkelijk ontsproten aan het particulier initiatief, maar zijn sinds het begin van de twintigste eeuw, parallel aan de opkomst van de sociale rechtsstaat, steeds meer verstatelijkt door middel van overheidsfinanciering en zeggenschap van de overheid over het beleid. De woningcorporatiesector werd vanaf het einde van de jaren zestig echter in toenemende mate verzelfstandigd, wat in de jaren tachtig en negentig in een stroomversnelling kwam. De overheid bouwde haar geldelijke steun af en verminderde haar invloed op de instellingen. Opmerkelijk genoeg volgde hierop een heroriëntatie van de overheid als richtinggevende en corrigerende partij in de volkshuisvesting. De vrijheid van de corporaties ging gepaard met verschillende incidenten. Er werd gezocht naar nieuwe sturingsmechanismen waardoor de invloed van de overheid op de woningcorporaties weer toenam.[3]

Het voorgaande maakt duidelijk dat de ontwikkeling van privatisering en verzelfstandiging enerzijds en verstatelijking anderzijds kan worden gekarakteriseerd als een slingerbeweging. Een recent voorbeeld hiervan is de nationalisatie van ABN AMRO Group N.V. (2008) en SNS Reaal N.V. (2013). Als gevolg van de economische crisis ontstaan eind 2008, was de staat genoodzaakt ABN AMRO te nationaliseren. SNS Reaal is genationaliseerd vanwege financiële problemen, veroorzaakt door verliezen op de vastgoedportefeuille. Hoewel beide banken nu volledig zijn verstatelijkt, is het beleid van de regering gericht op privatisering van de genationaliseerde financiële instellingen, zodra dat praktisch mogelijk en zakelijk verantwoord is.[4]

1.2 De vloeiende grenzen van de overheid

De ontwikkelingen zoals die hiervoor zijn omschreven hebben geleid tot een grote verwevenheid tussen de overheid en de genoemde private instellingen, die in dit onderzoek worden aangeduid als *semipublieke instellingen*.[5] De overheidsorganisatie en de grenzen van de overheid zijn diffuser geworden. Ook is de overheid weinig

2 Zie Graat 1998, p. 1-7; Zijlstra 2009, p. 93-94.

3 Zie over deze ontwikkelingen in de volkshuisvesting het historische proefschrift van Beekers 2012.

4 Zie voor een overzicht *Kamerstukken II* 2010/11, 28 165, nr. 117. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 32 013, nr. 36.

5 Dit begrip wordt hierna nader gedefinieerd in § 1.4.

herkenbaar voor de burger. Daarnaast is onduidelijk wat precies de juridische positie is van genoemde semipublieke instellingen, die zich bevinden op het snijvlak van overheid en samenleving. Behoren zij tot de overheid? Zijn zij onderworpen aan publiekrechtelijke normering? Deze vragen, die de kern van dit onderzoek vormen, zijn niet eenduidig te beantwoorden; de antwoorden zijn afhankelijk van allerlei verschillende factoren. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.[6]

Op grond van artikel 10.21 Wet milieubeheer heeft de gemeente de publieke taak om ervoor zorg te dragen dat ten minste eenmaal per week de huishoudelijke afvalstoffen worden ingezameld.[7] Wanneer de feitelijke inzameling van huisvuil door de gemeente zelf ter hand wordt genomen, door een ambtelijke dienst, dan zijn daarop in beginsel publiekrechtelijke normen van toepassing. De gemeente kan er ook voor kiezen een private instelling met de inzameling van het huisvuil te belasten. Te denken valt aan een puur commerciële onderneming enerzijds of een overheidsvennootschap of overheidsstichting anderzijds. Wordt de huisvuilinzameling overgelaten aan een puur commerciële onderneming (door middel van vergunning, contract of concessie), waarop de gemeente anders dan via het contract, geen invloed heeft, dan behoort deze onderneming niet tot de overheid en zijn publiekrechtelijke normen niet van toepassing. Wordt deze taak echter toebedeeld aan een vennootschap of stichting waarbij de institutionele positie van de overheid sterk is verankerd – bijvoorbeeld door (meerderheids)aandeelhouderschap, invloed op de samenstelling van het bestuur, aanwijzings- en goedkeuringsbevoegdheden en bekostiging – dan kan dit anders liggen. Weliswaar is zo'n vennootschap of stichting geen bestuursorgaan (art. 1:1 lid 1 Awb) – en is de Algemene wet bestuursrecht niet op haar handelen van toepassing – maar zij is mogelijk wel onderworpen aan de Wet openbaarheid van bestuur (art. 3 Wob), de (van origine Europeesrechtelijke) aanbestedingsregels of het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM), omdat zij wellicht binnen de context van die wettelijke regelingen als overheid kan worden beschouwd.

Dit maakt duidelijk hoe 'vloeiend' de grenzen van de overheid kunnen zijn. Uiteraard kunnen talloze andere voorbeelden worden genoemd, zoals de instandhouding van een gemeentelijk zwembad, een gemeentelijke speeltuin, een gemeentelijke schouwburg of een gemeentelijk vervoersbedrijf. Waar het om gaat is dat in dezelfde materiële context sprake kan zijn van overheid of niet-overheid en verschillende normen van toepassing kunnen zijn.[8] De vraag in hoeverre

6 Het navolgende voorbeeld is ontleend aan Zijlstra 2008, p. 9-10.

7 Zie hierover Van Ommeren & Vermont 2007, p. 29-37.

8 Zie Zijlstra 2008, p. 9-10. We zien een dergelijke vloeibaarheid van de grens tussen overheid en niet-overheid ook terug in de jurisprudentie. Zo oordeelde het Hof Den Haag dat Holland Casino – een stichting – gehouden is artikel 10 EVRM na te leven. Dit artikel heeft volgens het Hof 'rechtstreeks werking' ten aanzien van Holland Casino. De motivering daarvoor is dat Holland Casino volgens het Hof als staatsbedrijf kan worden beschouwd omdat zij 'al haar inkomsten afdraagt aan de staat'. Hof Den Haag 15 november 2011, *JAR* 2012, 10 (m.nt. F.C. van Uden), ro. 4.7. Aan de andere kant wordt Holland Casino bij het opleggen van een entreeverbod niet beschouwd als bestuursorgaan en is Holland Casino in dat verband niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Rb. Arnhem (voorzieningenrechter) 8 mei 2009, *AB* 2009, 204 (m.nt. Peters).

semipublieke instellingen tot de overheid worden gerekend en in hoeverre zij publiekrechtelijk worden genormeerd, is afhankelijk van de verschillende manieren waarop zij betrokken zijn bij de behartiging van publieke taken. Hierdoor is vaak op voorhand niet duidelijk hoe een semipublieke instelling juridisch is gepositioneerd. Het doel van het onderhavige onderzoek is om meer duidelijkheid te verschaffen over de juridische positie van semipublieke instellingen.

1.3 Probleemstelling

1.3.1 Een governancebenadering van het recht

Het feit dat maatschappelijke en publieke belangen in Nederland niet alleen worden gerealiseerd door de overheid, maar tevens door private instellingen, vraagt om een governancebenadering van het recht. Er wordt in de juridische literatuur wel gezegd dat een verschuiving heeft plaatsgevonden van government naar governance.[9] Governance heeft betrekking op de activiteit van het besturen, meer in het bijzonder op de behartiging van maatschappelijke of publieke belangen. De term governance is ruimer dan government. Het heeft geen betrekking op de instelling, maar op de behartiging van een maatschappelijk of publiek belang, onafhankelijk van welke instelling die belangen behartigt: de overheid dan wel een private instelling.[10] Een governancebenadering van het recht houdt derhalve een uitbreiding in van het juridisch onderzoek ten aanzien van de te bestuderen rechtssubjecten. Niet alleen de overheid, maar ook private instellingen die maatschappelijke en publieke belangen behartigen zijn object van juridisch onderzoek.[11]

De governancebenadering biedt voorts ruimte voor een aantal, voor het staats- en bestuursrecht, belangrijke juridische onderzoeksvragen. Het feit dat ook private instellingen maatschappelijke en publieke belangen behartigen roept de algemene vraag op hoe deze private instellingen juridisch kunnen worden gepositioneerd. Meer concreet dringen zich vragen op omtrent de democratische legitimatie, (de wijze van) publieke verantwoording, de toepasselijke rechtsnormen, het governance-instrumentarium, toezicht en handhaving en tot slot de rechtsbescherming.[12]

Een onderzoek naar een omvangrijk onderwerp als de juridische positie van semipublieke instellingen dwingt, mede gelet op de beschikbare tijd, tot het maken van keuzes. Dit onderzoek heeft uiteraard niet de pretentie om alle governancevragen te beantwoorden die zich ten aanzien van semipublieke instellingen kunnen voordoen. Het onderzoek concentreert zich primair op de vraag naar het toepasselijke recht en meer secundair op de rechtsbescherming. We zullen

9 Zie Van Ommeren 2013, p. 1. Men kan zich overigens afvragen of hier daadwerkelijk sprake is van een nieuw fenomeen in Nederland. Zie Raat 2013, p. 59-60.

10 Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 111-113; Van Ommeren 2012a, p. 218-220; Van Ommeren 2014.

11 Van Ommeren 2012a, p. 224; Van Ommeren 2013, p. 1; Van Ommeren 2014.

12 Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 113-116; Van Ommeren 2012a, p. 224-225; Van Ommeren 2014.

zo dadelijk zien dat dit ook de belangrijkste redenen zijn waarom in Nederland het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht wordt gemaakt. Dat neemt niet weg dat de resultaten van dit onderzoek tevens relevant kunnen zijn voor de beantwoording van andere governancevragen. Te denken valt aan de vraag naar de democratische legitimatie van semipublieke instellingen en de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen. Deze vraag zou voorwerp kunnen zijn van juridisch vervolgonderzoek, waarbij op het onderhavige onderzoek kan worden voortgebouwd. In de slotbeschouwing van dit onderzoek wordt daarop dieper ingegaan.[13]

1.3.2 Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht

Zoals welbekend, wordt in het Nederlandse recht onderscheid gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht.[14] Dit onderscheid is niet altijd even helder te maken. Bovendien is zij aan voortdurende verandering en discussie onderhevig.[15] In dit onderzoek staat de vraag centraal wat de juridische positie is van semipublieke instellingen. De beantwoording van deze vraag is onder andere afhankelijk van de manier waarop het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wordt benaderd. Semipublieke instellingen bevinden zich immers op het grensvlak van publiek- en privaatrecht, hetgeen verschillende vragen doet rijzen omtrent het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht.

Volgens de Zuid-Afrikaanse auteur Allison dient een rechtsstelsel over de volgende eigenschappen of karakteristieken te beschikken om een (voldoende) werkbaar onderscheid te hebben tussen publiek- en privaatrecht. Allereerst dient er een goed ontwikkelde theorie van de overheid te bestaan, waarbij de overheid, het openbaar bestuur, voldoende scherp is te onderscheiden van de overige actoren van de samenleving. Aan de overheid moeten bijzondere eigenschappen kunnen worden toegeschreven, waaraan het recht bijzondere consequenties verbindt. Ten tweede moet sprake zijn van een categoriale benadering van het recht, dat in verschillende categorieën wordt ingedeeld. Ten slotte dient het handelen van de overheid aan bijzondere rechtsbescherming onderworpen te zijn.[16]

We zien deze karakteristieken ook terug in het Nederlandse rechtssysteem.[17] Ten eerste wordt in het Nederlandse bestuursrecht de bijzondere positie van de overheid als uitgangspunt genomen.[18] Die positie is anders dan die van andere

13 § 15.7.

14 Zie over de ontwikkeling van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in Nederland Schlössels & Zijlstra 2010, p. 497 e.v.

15 Zie Huisman 2012, p. 563 e.v. die een uitgebreide beschrijving geeft van de verschillende visies in de literatuur over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 503 e.v.; Van Ommeren 2013, p. 1 e.v.

16 Allison 2000, p. 34-39. Eigenlijk noemt Allison vier ijkpunten. Ik noem er drie, omdat het derde en vierde ijkpunt kunnen worden samengenomen onder de rechtsbescherming. Zie voor een bespreking van het beoordelingskader van Allison ook Van Ommeren 2014a.

17 Zie voor een toepassing van de door Allison geformuleerde karakteristieken op het Nederlandse recht Jurgens & Van Ommeren 2012, p. 175-178.

18 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 14-15.

rechtssubjecten. De bijzondere positie van de overheid is er enerzijds in gelegen dat de overheid altijd het publieke belang behartigt. Anderzijds wordt de bijzondere positie van de overheid gekenmerkt door het feit dat zij beschikt over een machtspositie.[19] In de tweede plaats wordt in Nederland een categorische onderscheiding gemaakt tussen publiekrechtelijke normen en privaatrechtelijke normen. Hier manifesteert zich ook het verband met het eerste punt. Zo brengt de bijzondere positie die de overheid inneemt met zich dat de overheid aan andere (publiekrechtelijke) normen is onderworpen dan particulieren. Publiekrechtelijke normen zijn *in ieder geval* van toepassing op de overheid, die daaraan ook behoort te voldoen.[20] Wat betreft het derde punt, de rechtsbescherming, geldt dat het bestuurshandelen, onder omstandigheden, vatbaar is voor beroep bij een aparte bestuursrechter. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is in Nederland dus ook van belang in het kader van de toepasselijke rechtsbeschermingsprocedures.

In het licht van het model van Allison, zijn er in het Nederlandse recht dus een drietal ijkpunten aan te wijzen met het oog waarop een (zinvol) onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht kan worden gemaakt. Deze ijkpunten dienen als inspiratiebron en aanknopingspunt voor de analyse van de juridische positie van semipublieke instellingen in dit onderzoek.[21] Semipublieke instellingen bevinden zich als gezegd immers op het grensvlak van publiek- en privaatrecht, hetgeen verschillende vragen doet rijzen omtrent het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Zo dringt zich de vraag op in hoeverre semipublieke instellingen al dan niet tot de overheid kunnen worden gerekend, in hoeverre zij onderworpen zijn aan publiekrechtelijke normen en in hoeverre hun handelen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

1.3.3 De juridische positie van semipublieke instellingen

De vraag die in dit onderzoek centraal staat is *hoe semipublieke instellingen juridisch zijn gepositioneerd in het Nederlandse rechtssysteem*. Met de beantwoording van deze vraag wordt beoogd inzicht te verschaffen in de juridische positie die semipublieke instellingen hebben naar positief recht om zo een bijdrage te kunnen leveren aan het zoveel mogelijk wegnemen van onduidelijkheden en onzekerheden die daaromtrent bestaan.

Ter beantwoording van de centrale vraagstelling, wordt in dit onderzoek primair ingegaan op de *publiekrechtelijke normering* van semipublieke instellingen. Het gaat hier om de vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen van toepassing kunnen zijn. Die vraag dringt zich op omdat semipublieke instellingen evenals de overheid het publieke belang behartigen. Met

19 Zie Tjittes 1994, p. 35-36; Hirsch Ballin 1988, p. 21-22; Schreuder 1994, p. 44-49, p. 112-115; Duk 1978, p. 567-568; Vergelijk *PG Awb I*, p. 192; HR 12 januari 1990, *AB* 1991, 430 (*Staat/Appels*; m.nt. Van Ommeren).

20 Vergelijk Schlössels & Zijlstra 2010, p. 14-15, p. 25, p. 59-60, die menen dat publiekrechtelijke normen, als voorpositieve rechtsbeginselen, *uitsluitend* van toepassing zijn op de overheid.

21 Het is niet mijn bedoeling het model van Allison te bediscussiëren. Het model wordt slechts gebruikt als bron van inspiratie voor de analyse van de juridische positie van semipublieke instellingen.

betrekking tot de overheid vormt die publieke belangenbehartiging aanleiding om haar een bijzondere positie toe te dichten die met zich brengt dat zij aan een bijzondere categorie van normen, dat wil zeggen: publiekrechtelijke normen, gebonden is. Dit roept de vraag op in hoeverre ook semipublieke instellingen gebonden zijn aan normen van publiekrechtelijke herkomst.

Vanwege hun privaatrechtelijke karakter is het niet vanzelfsprekend dat publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen van toepassing zijn. Publiekrechtelijke normen zijn normen die primair zijn ontwikkeld om het handelen van de overheid te normeren. Dit houdt verband met de eerder genoemde bijzondere positie die de overheid heeft in het recht. Die positie is anders dan die van andere rechtssubjecten.[22] De bijzondere positie die de overheid inneemt, brengt met zich dat de overheid mede aan andere normering is onderworpen dan particulieren. Publiekrechtelijke normen zijn *in ieder geval* van toepassing op de overheid, die daaraan ook behoort te voldoen.[23]

Tegen de achtergrond van voornoemd uitgangspunt – de bijzondere positie van de overheid – is het zinvol na te gaan wat de reikwijdte is van het overheidsbegrip met het oog op het toepasselijke recht. In het licht van het onderhavige onderzoek dringt zich in het bijzonder de vraag op in hoeverre semipublieke instellingen als *overheids*instellingen kunnen worden aangemerkt, nu zij, evenals de overheid, publieke belangen behartigen. Ter beantwoording van die vraag wordt in dit onderzoek geanalyseerd hoe naar geldend recht in wetgeving en jurisprudentie, met het oog op het toepasselijke recht, onderscheid wordt gemaakt tussen de overheid enerzijds en particuliere instellingen anderzijds. Het gaat hier om wetgeving die specifieke overheidsactiviteiten reguleert waarvan de toepassing is beperkt tot de overheid, of die juist niet van toepassing is op de overheid. Aan de orde komen de Algemene wet bestuursrecht, de Wet Nationale ombudsman, de Archiefwet 1995, de Wet openbaarheid van bestuur, de Algemene wet gelijke behandeling, de Ambtenarenwet, de Auteurswet en de Comptabiliteitswet 2001.[24] Voorts wordt nagegaan hoe het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt met het oog op de toepasselijkheid van de grondrechten (Grondwet en EVRM) en regels van EU-recht, zoals het aanbestedingsrecht, het mededingingsrecht en rechtstreekswerkende richtlijnen.[25] Hierbij moet scherp voor ogen worden gehouden dat de genoemde EU-regels een andere doelstelling hebben dan de genoemde Nederlandse wetgeving. Waar het in de Nederlandse wetgeving gaat om het

22 Zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 14-15.

23 Vergelijk Schlössels & Zijlstra 2010, p. 14-15, p. 25, p. 59-60, die menen dat publiekrechtelijke normen, als voorpositieve rechtsbeginselen, *uitsluitend* van toepassing zijn op de overheid.

24 Ingeval van bijvoorbeeld de Wet Nationale ombudsman en de Comptabiliteitswet 2001 wordt het onderscheid tussen overheid en niet-overheid niet primair gemaakt met het oog op het toepasselijke recht, maar dient het onderscheid ter afbakening van de competentie van de Nationale ombudsman respectievelijk de Algemene Rekenkamer. Het is evenwel gebruikelijk de WNo en de Comptabiliteitswet 2001 te scharen onder de vraag naar het toepasselijke recht. Zie bijvoorbeeld Schreuder 1994, p. 169 e.v.; Zijlstra 2008, p. 13 e.v.

25 Dit zijn de belangrijkste onderwerpen met betrekking tot het overheidsbegrip op Europees niveau en de (verticale) toepasselijkheid van EU-recht op semipublieke instellingen. Vergelijk Steyger 2005, p. 221-228; Steyger 2007, p. 9-28; Widdershoven e.a. 2007, p. 41 e.v.

inregelen van semipublieke instellingen met publiekrechtelijke normering, gaat het in het EU-recht veeleer om de effectuering van het EU-recht in het nationale recht. Gelet hierop is het de veronderstelling dat de overheidsbegrippen op EU-niveau mogelijk anders worden ingevuld dan de nationaalrechtelijke overheidsbegrippen. Het onderzoek heeft niet de pretentie om een uitputtende analyse te geven van het positieve recht, maar de te analyseren wetgeving en jurisprudentie geven wel een representatief beeld van de (belangrijkste) overheidsbegrippen die in Nederland ter afbakening van het toepasselijke recht worden gehanteerd. Verder is het onderzoek niet alleen beperkt tot een beschrijvende analyse van het positieve recht. Doel van het onderzoek is tevens om het positieve recht te beoordelen en aan de hand daarvan te onderzoeken of de wetgever dan wel de rechter wellicht een ruimer overheidsbegrip zou moeten gebruiken en na te gaan welke afbakeningscriteria daarvoor geschikt zouden kunnen zijn.

Bij de analyse van de gebruikte overheidsbegrippen zal steeds aandacht worden besteed aan een aantal terugkerende vragen. Nagegaan wordt aan de hand van welk *criterium* het overheidsbegrip wordt afgebakend en aan de hand van welke *gezichtspunten* dat criterium wordt geconcretiseerd.[26] Hiermee wordt beoogd een typologisch inzicht te geven in de criteria die het overheidsbegrip omlijnen om zodoende een bijdrage te kunnen leveren aan het formuleren van een meer eenduidig overheidsbegrip. Zijn de criteria en gezichtspunten vooral als *materieel* te karakteriseren of juist meer *formeel* (waarbij dat laatste ook wel wordt aangeduid als institutioneel dan wel organisatorisch)? Met andere woorden: wordt doorslaggevende betekenis toegekend aan de inhoud van de handelingen die de privaatrechtelijke instelling verricht respectievelijk kan verrichten (materieel kenmerk), of wordt vooral gekeken naar de (interne) organisatorische structuur of de invloed die entiteiten buiten de instelling hierop kunnen uitoefenen (formeel kenmerk)?[27] Het onderscheid tussen beide benaderingen is relevant, omdat de vraag rijst naar de *verhouding* tussen beide benaderingen. Kan worden volstaan met één van beide benaderingen of dient steeds sprake te zijn van een combinatie van beide? Deze vraag is voorwerp van discussie in de literatuur.[28]

Tevens wordt steeds bezien waarom voor het betrokken criterium is gekozen en in hoeverre bij die keuze (expliciet) rekening is gehouden met het oogmerk van het criterium en de juridische omgeving waarin het criterium functioneert. De premisse is dat overheidsbegrippen die vergelijkbare functies (doelstellingen) hebben worden afgebakend aan de hand van min of meer uniforme criteria.

Het komt wel voor dat semipublieke instellingen binnen bepaalde wet- en regelgeving tot de overheid worden gerekend, terwijl dat geen gevolgen heeft voor de (publiekrechtelijke) normering van die semipublieke instellingen als zodanig. Dergelijke wet- en regelgeving en de daarin gehanteerde overheidsbegrippen

26 Het onderscheid tussen criteria en gezichtspunten is ontleend aan Jurgens & Van Ommeren 2009.

27 Zie Zijlstra 2008, p. 43.

28 Zie Van Ommeren & Huisman 2013, p. 55-57. Vergelijk ook de oratie van Schutgens 2012. Zie voorts de Engelse literatuur, waaronder Cane 2004, p. 1-7; Craig 1997, p. 25-41; Craig 1997a, p. 196-216; Black 1998, p. 157; Black 1996, p. 24-55.

blijven in dit onderzoek buiten beschouwing. Een voorbeeld hiervan kan worden gevonden in de *Wet markt en overheid*.[29] Deze wet bevat gedragsregels voor de overheid ter voorkoming van oneerlijke concurrentie als de overheid direct, dan wel indirect via overheidsbedrijven, goederen of diensten aan derden aanbiedt.[30] De wet is onder de titel 'Overheden en overheidsbedrijven' opgenomen in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (art. 25g t/m 25m). Eén van de gedragsregels is dat het een bestuursorgaan is verboden om overheidsbedrijven te bevoordelen waarbij het is betrokken (art. 25j lid 1 Mw). De toepasselijkheid van deze verbodsnorm wordt bepaald door het begrip: 'overheidsbedrijf'.[31] De wet stelt evenwel geen gedragsregels voor overheidsbedrijven zelf.[32] Hoewel analyse van het overheidsbegrip in de Wet markt en overheid enig inzicht zou kunnen bieden in de omstandigheden waaronder semipublieke instellingen tot de overheid kunnen worden gerekend, blijft de Wet markt en overheid in dit onderzoek buiten beschouwing, omdat het daarin gehanteerde overheidsbegrip niet de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen zelf beoogt af te bakenen.[33]

Voorts dringt zich de (vervolg)vraag op in hoeverre publiekrechtelijke normen van toepassing kunnen zijn op semipublieke instellingen die *niet* tot de overheid kunnen worden gerekend. Deze vraag komt eveneens in dit onderzoek aan de orde. In het bijzonder wordt ingegaan op de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op semipublieke instellingen die niet als bestuursorgaan in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt. Daarnaast komt de horizontale werking van grondrechten aan bod. De vraag is daarbij in

29 *Stb.* 2011, 162.

30 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 2.

31 Zie artikel 25g Mw en artikel 2 van het Besluit markt en overheid (*Stb.* 2012, 255). Zie over het begrip 'overheidsbedrijf' in dit verband: Van de Kuilen & Van Tilborg 2011, § 3; Van de Kuilen & Van Tilborg 2013, § 3.1.

32 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 33; Dekker & Hameleers 2012, § 3.

33 Een ander voorbeeld betreft het *Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten* (*Stb.* 2003, nr. 27 en 48). Op grond van deze algemene maatregel van bestuur moeten gemeenten en provincies met betrekking tot zogenaamde 'verbonden partijen' verschillende eisen in acht nemen bij het opstellen van hun begroting en jaarrekening. Verbonden partijen zijn privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisaties waarin de provincie onderscheidenlijk de gemeente een bestuurlijk en een financieel belang heeft (art. 1 lid 1 onder b BBV). Het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten voorziet echter niet in de normering van de verbonden partijen zelf. Zie hierover De Greef, Huntjens & Oud 2012, p. 38-46.
Voorts kan worden gedacht aan de vraag in hoeverre de transparantieverplichting in de zin van artikel 56 VWEU van toepassing is op de verlening door de overheid van exclusieve vergunningen, zoals een kansspelvergunning. Volgens het HvJ EU is de transparantieverplichting daarop inderdaad van toepassing. Een uitzondering geldt echter voor zover het gaat om een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen (HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *AB* 2011, 17 (*Betfair*; m.nt. Buijze), par. 62; ABRvS 23 maart 2011, *AB* 2011, 230 (*Betfair*; m.nt. Wolswinkel), r.o. 2.10.8). Weliswaar is de *Betfair*-jurisprudentie van belang met het oog op de afbakening van het overheidsbegrip op Europees niveau – een particulier onder strenge controle van de overheid wordt hier als het ware tot de overheid gerekend – het ziet echter niet op de normering van een particuliere instelling als zodanig, maar op de normering van de vergunningverlenende overheid. Daarom blijft deze jurisprudentie verder buiten beschouwing.

hoeverre de grondrechten in horizontale zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Ook hier rijst de vraag aan de hand van welk criterium het toepasselijke recht wordt afgebakend en aan de hand van welke gezichtspunten dat criterium wordt geconcretiseerd.

Zoals gezegd richt dit onderzoek zich primair op de normering van semipublieke instellingen en de vraag in hoeverre zij in dat verband als overheid kunnen worden aangemerkt. Het onderscheid tussen overheid en particuliere instellingen wordt niet alleen gemaakt met het oog op de afbakening van de toepasselijke normen. Een andere reden waarom het onderscheid wordt gemaakt, houdt verband met de *bestuursrechtelijke rechtsbescherming*. Het gaat hier meer in het bijzonder om de vraag naar de bevoegde rechter: in hoeverre is de bestuursrechter bevoegd het handelen van semipublieke instellingen te beoordelen?

In een onderzoek dat primair is gericht op de normering van semipublieke instellingen, ontkomt men er niet aan om ook aandacht te besteden aan de vraag naar de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.[34] Met name ten aanzien van semipublieke instellingen kan de vraag naar normering niet los worden gezien van de rechtsbeschermingsvraag. Zo is in Nederland de vraag naar de bevoegdheid van de bestuursrechter, evenals de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre een semipublieke instelling als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb kan worden aangemerkt. Ook in het Zuid-Afrikaanse recht, waarmee het Nederlandse recht in dit onderzoek zal worden vergeleken, kan de vraag naar publiekrechtelijke normering niet worden losgezien van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Volgens Zuid-Afrikaans recht kan het handelen van een semipublieke instelling pas aan publiekrechtelijke normen worden getoetst, wanneer dat handelen voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming vatbaar is.

Er is derhalve sprake van een zekere verknooptheid tussen de vraag naar het toepasselijke recht enerzijds en de vraag naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming anderzijds, die zich in het bijzonder manifesteert met betrekking tot semipublieke instellingen. Daarom wordt in dit onderzoek, zij het meer secundair, ook aandacht besteed aan de vraag naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Deze vraag wordt geïntegreerd behandeld met de primaire vraag naar het toepasselijke recht.

1.4 Afbakening van het onderzoek: semipublieke instellingen

Dit onderzoek richt zich op semipublieke instellingen. Deze instellingen bevinden zich op het snijvlak van overheid en samenleving. De term 'semipublieke instelling' is een vaag begrip, dat niet steeds op dezelfde manier wordt opgevat. In

34 Vergelijk ook het eerder genoemde model van Allison, die bijzondere rechtsbescherming ten aanzien van overheidshandelen als één van de ijkpunten noemt om te beoordelen of een rechtsstelsel een werkbaar onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht heeft. Zie § 1.3.2.

deze paragraaf wordt uiteengezet wat in dit onderzoek onder het begrip semipublieke instelling wordt verstaan.

In de eerste plaats worden in dit onderzoek onder semipublieke instellingen verstaan privaatrechtelijke rechtspersonen[35] die *institutioneel verbonden* zijn met klassieke overheidsinstellingen als de staat, gemeenten en provincies.[36] Te denken valt bijvoorbeeld aan overheidsbedrijven[37] zoals de Nederlandse Spoorwegen NV, ProRail BV, ABN AMRO Group NV en energiebedrijven als Delta NV. De institutionele verbinding vindt doorgaans zijn grondslag in privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke institutionele beïnvloedingsmogelijkheden die de overheid ten aanzien van een private rechtspersoon ter beschikking staan. Bij institutionele beïnvloeding door middel van het privaatrecht gaat het met name om het gebruik van aan het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht van Boek 2 BW ontleende beïnvloedingsmogelijkheden. Voorbeelden daarvan zijn het gebruik van aandeelhoudersbevoegdheden, het geven van aanwijzingen aan het bestuur en statutaire goedkeuringsbevoegdheden.[38] Vanuit publiekrechtelijk perspectief kan onder andere worden gedacht aan wettelijke aanwijzingsbevoegdheden, wettelijke benoemingsrechten en wettelijke goedkeuringsbevoegdheden.[39] Daarnaast kan institutionele invloed ook voortvloeien uit een financiële relatie met de overheid, zoals deelnemingen, leningen, garanties, subsidies, maar ook financiering uit de rijksbegroting, premies of tarieven behoren hiertoe.[40]

In de tweede plaats heeft het concept semipublieke instelling betrekking op privaatrechtelijke rechtspersonen die *maatschappelijke* of *publieke belangen* behartigen. Relevant is hier niet de institutionele band met de klassieke overheid, maar de *aard van de activiteiten* die worden verricht. Het gaat hier om een materiële onderscheiding van het concept semipublieke instelling. De begrippen maatschappelijk belang en publiek belang behoeven enige toelichting. Deze begrippen zijn ontleend aan het WRR rapport: 'Het borgen van publiek belang'.[41]

Een *maatschappelijk belang* wordt in dit rapport omschreven als een belang waarvan de behartiging voor de samenleving als geheel gewenst is.[42] Centraal staat dus de behartiging van een gemeenschapsbelang, zoals adequate gezondheidszorg en het tegengaan van milieuvervuiling. De mate waarin private instellingen een bijdrage leveren aan het maatschappelijk belang kan worden beschouwd als

35 In de zin van art. 2:3 BW. Dit zijn verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen.

36 In plaats van de klassieke overheid wordt ook wel gesproken van 'het openbaar bestuur in enge zin'. Het gaat hier om de (organen van) openbare lichamen en publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 2:1 BW. Zie Zijlstra 2009, p. 86.

37 Zijlstra 2009, p. 90 verstaat daaronder een vennootschap waarvan de overheid alle of een meerderheid van de aandelen bezit.

38 Zie Scheltema & Scheltema 2013, p. 90-100. Vergelijk Nijland 2013, p. 27-31.

39 Zie Scheltema & Scheltema 2013, p. 100-106.

40 Vergelijk art. 91 lid 1 Comptabiliteitswet 2001 inzake de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer.

41 WRR, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

42 WRR 2000, p. 20.

een glijdende schaal.[43] In dit onderzoek worden niet alle private instellingen die een maatschappelijk belang behartigen als semipublieke instelling aangemerkt. De ondergrens wordt gevormd door het particulier initiatief. Er wordt in dit verband ook wel gesproken van non-profitorganisaties, maatschappelijke instellingen, het maatschappelijk middenveld of *civil society*. Het gaat hier om een organisatorisch verband, meestal in de vorm van een stichting of vereniging, dat de behartiging van een maatschappelijk belang ter hand neemt. Te denken valt aan woningcorporaties, milieuorganisaties, pensioenfondsen, onderwijsinstellingen, zorginstellingen, welzijnsorganisaties, goede doel instellingen etcetera.[44] Het komt ook voor dat puur commerciële ondernemingen mede een maatschappelijk belang in acht nemen in het kader van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO). Dergelijke ondernemingen vallen buiten het kader van dit onderzoek. Het gaat hier om primair op winst gerichte instellingen waarvan het nauwelijks is vol te houden dat zij in het publieke domein werkzaam zijn.[45]

Van een *publiek belang* is sprake 'indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt. Het zich aantrekken van maatschappelijke belangen als publiek belang betekent derhalve dat de overheid het tot doelstelling van haar beleid maakt om dit belang te behartigen.'[46] Dit betekent derhalve ook dat de overheid een eindverantwoordelijkheid heeft voor de behartiging van publieke belangen.[47] Het betekent echter niet dat de overheid ook zelf die belangen actief moet behartigen. Zij kan het ook toevertrouwen aan private instellingen, door het over te laten aan het particulier initiatief dan wel door private instellingen daartoe in te schakelen.[48] De vraag welke belangen de overheid zich moet aantrekken is een politieke vraag. Welke maatschappelijke belangen publieke belangen zijn, is dan ook afhankelijk van de uitkomsten van het democratisch besluitvormingsproces. Met andere woorden: het is de democratisch gelegitimeerde overheid zelf die de keuze maakt voor welke maatschappelijke belangen zij de eindverantwoordelijkheid wil dragen.[49] Als voorbeeld van publieke belangen noemt het WRR-rapport onder andere het garanderen van een inkomensvoorziening voor ouderen of het garanderen voor iedere burger van een basispakket van toegankelijke en betaal-

43 Vergelijk Van Ommeren 2014.

44 Het blijkt nauwelijks mogelijk al deze organisaties in een waterdichte definitie te vatten. Zie o.a. Graat 1998, p. 6-9; Van Ommeren 2014; Minderman 2012, p. 18-22.

45 Vergelijk Van Ommeren 2014. Zie over maatschappelijk verantwoord ondernemen: Eijsbouts e.a. 2010, p. 1 e.v.; Scheltema & Scheltema 2012, p. 146-147; Scheltema 2013, p. 189-190; Steins Bisschop 2004; Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005.

46 WRR 2000, p. 20-21. Vergelijk ook het Rbb advies 'Openbaar besturen door en met privaatrechtelijke organisaties', 1991, p. 5, waarin een soortgelijke omschrijving wordt gereserveerd voor het begrip 'publieke taak': 'het vervullen van taken in het algemeen belang, voor de continuïteit waarvan de overheid in een bepaald tijdsgewricht en op een bepaalde plaats in belangrijke mate verantwoordelijkheid op zich heeft genomen.'

47 WRR 2000, p. 19.

48 In die zin kan gesproken worden van 'vermaatschappelijking' van overheidsbeleid. Zie De Ru 1987, p. 6. Vergelijk ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 657. Zie ook hiervoor § 1.1.

49 WRR 2000, p. 21, p. 46-49; Vermeulen 2003, p. 20-26.

bare gezondheidszorg.[50] Naast de vraag wat publieke belangen zijn, rijst de vraag waaruit *blijkt* dat de overheid zich een publiek belang heeft aangetrokken. Dit kan onder andere worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis of de wet.[51] Ook het feit dat de overheid private instellingen betrekt bij het behartigen van allerlei maatschappelijke belangen duidt op het bestaan van publieke belangen omdat de overheid daarmee aangeeft dat zij de eindverantwoordelijkheid wenst te dragen voor de borging van die belangen. Het betrekken van private instellingen bij de behartiging van publieke belangen kan op verschillende wijzen plaatsvinden, onder andere door het toedelen van publiekrechtelijke taken en bevoegdheden, het oprichten van private rechtspersonen en het toedelen van taken in de statuten van die rechtspersonen, het verlenen van concessies en statusverleningen als erkenning en toelating. Maar ook de subsidiëring van het particulier initiatief duidt erop dat de overheid hun activiteiten als publiek belang beschouwt.[52] Het verdient opmerking dat de behartiging van publieke belangen door private instellingen steeds beredeneerd wordt vanuit het gezichtspunt van de overheid. Terecht merkt Zijlstra op dat dit gezichtspunt niet hetzelfde hoeft te zijn als het perspectief van de private instelling zelf. Die kan zichzelf bijvoorbeeld beschouwen als louter maatschappelijke- of commerciële belangenbehartiger.[53]

Veelal is bij semipublieke instellingen sprake van een combinatie waarbij enerzijds een maatschappelijk of publiek belang wordt behartigd en anderzijds een institutionele relatie met de overheid aanwezig is. Dit is bijvoorbeeld goed te zien bij ProRail BV. Enerzijds vervult zij een aantal publieke belangen, doordat zij onder andere de continuïteit, beschikbaarheid en kwaliteit van de hoofdspoorweginfrastructuur waarborgt.[54] Anderzijds worden de aandelen van ProRail voor 100% gehouden door de Nederlandse staat. Een ander voorbeeld zijn de woningcorporaties. Het volkshuisvestingsbelang dat zij behartigen kan worden beschouwd als een publiek belang.[55] Daarnaast beschikt de minister jegens woningcorporaties over een aanwijzingsbevoegdheid[56] en diverse goedkeuringsbevoegdheden.[57]

---

50 WRR 2000, p. 21.

51 Vergelijk voor dit laatste: De Ru 1987, p. 43 e.v.

52 Vergelijk Zijlstra, De Voogd & Oud, *Afwegingskader publieke taakopdracht aan derden*, 2007, p. 21-34.

53 Zijlstra 2008, p. 76.

54 Deze taken zijn aan ProRail opgedragen op grond van art. 16 lid 1 Spoorwegwet en de Beheerconcessie hoofdspoorweginfrastructuur. Zie verder § 1.6.3.

55 Artikel 21 Grondwet bepaalt immers dat de zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Bovendien is de bevordering van voldoende woongelegenheid voorwerp van zorg der overheid, aldus artikel 22 lid 2 Gw. Hieruit blijkt dat de overheid zich het belang van de volkshuisvesting heeft aangetrokken. Dat blijkt ook uit de Woningwet en het BBSH. Zie verder § 1.6.2.

56 Art. 70d lid 2 sub a Woningwet; Art. 41 BBSH; Art. 61d Woningwet (nieuw).

57 Op grond van artikel 9 en 10 BBSH is bijvoorbeeld instemming vereist van de minister voor het wijzigen van de statuten van de woningcorporatie. Art. 23 lid 2 Woningwet (nieuw).

1.5 Methode van onderzoek

1.5.1 Algemeen

Het onderhavige onderzoek is juridisch van aard. De gehanteerde onderzoeksmethode kan worden aangeduid als de *klassiek juridische methode*. Het onderzoek betreft een rechtswetenschappelijk onderzoek dat bestaat uit het inventariseren, lezen en analyseren van de relevante wetgeving, jurisprudentie, parlementaire stukken, literatuur, en nadenken over de gehanteerde argumenten en zelf argumenteren.[58] Het onderzoek heeft allereerst een *descriptief* karakter. Aan de hand van een beschrijvende analyse van de zojuist genoemde bronnen wordt nagegaan hoe de in dit onderzoek centraal staande vragen naar geldend recht worden beantwoord en welke achterliggende redenen en motieven daarbij een rol spelen.[59] In de tweede plaats is het onderzoek *prescriptief* van aard. Opvattingen in de literatuur en keuzes van de wetgever of de rechter worden beoordeeld aan de hand waarvan wellicht nieuwe visies kunnen worden geïntroduceerd of bestaande visies kunnen worden aangevuld met nieuwe inzichten. Hiermee wordt beoogd eventuele aanbevelingen te doen aan zowel wetgever als rechter over hoe het positieve recht zou moeten luiden.[60] Daarbij wordt zo mogelijk inspiratie ontleend aan het rechtsvergelijkende onderzoek met Zuid-Afrika.

1.5.2 Externe rechtsvergelijking

1.5.2.1 Methode en doel

Ten aanzien van semipublieke instellingen staan in dit onderzoek primair de vraag naar het toepasselijke recht en meer secundair de vraag naar de toegang tot de rechter centraal. Deze vragen worden in dit onderzoek onderworpen aan een externe rechtsvergelijking met Zuid-Afrika. De rechtsvergelijking wordt verricht aan de hand van de functionele methode. Deze methode houdt in dat een fundamenteel vraagstuk tot uitgangspunt wordt genomen waarmee vrijwel ieder rechtsstelsel wordt geconfronteerd, waarna vervolgens wordt nagegaan welke oplossingen voor dit vraagstuk zijn geformuleerd in het land waarmee de rechtsvergelijking wordt verricht.[61] Voor het onderhavige onderzoek betekent dit dat wordt nagegaan hoe de vraag naar het toepasselijke recht en de toegang tot de rechter met betrekking tot semipublieke instellingen naar Zuid-Afrikaans recht wordt beantwoord.

Het verrichten van rechtsvergelijkend onderzoek is om meerdere redenen nuttig. Het vergaren van kennis wordt doorgaans genoemd als primaire reden voor

58 Westerman & Wissink 2008, p. 503-507; Sieburgh 2008, p. 3-13; Huisman 2012, p. 45-46; Haas 2009, p. 7-8; Van den Berg 2012, p. 15-16.

59 Zie, naast voornoemde literatuur, ook Curry-Sumner e.a. 2010, p. 18.

60 Zie ook Haas 2009, p. 7.

61 De functionele methode is een vrij gangbare methode die ook kan worden toegepast ten aanzien van vergelijkend publiekrecht. Zie Schwarze 2006, p. 87. Vergelijk ook Koekkoek 2001, p. 190. Zie in het algemeen over de functionele methode o.a. Zweigert & Kötz 1998, p. 34-36; Oderkerk 1999, p. 67-75.

rechtsvergelijkend onderzoek. Rechtsvergelijking maakt het mogelijk om inzicht te hebben in een veel grotere verscheidenheid aan oplossingen voor een vraagstuk dan wanneer alleen het nationale recht zou worden bestudeerd.[62] Daarop voortbouwend kan rechtsvergelijking worden verricht met het oog op de ontwikkeling van het eigen recht. Voor oplossingen voor nationale vraagstukken kan inspiratie worden ontleend aan of lering worden getrokken uit andere rechtsstelsels.[63] In dit verband kan rechtsvergelijkend onderzoek dienstbaar zijn aan de wetgever[64] en mogelijk zelfs aan de rechter.[65] In de literatuur wordt het trekken van lering uit andere rechtsstelsels meestal gerelativeerd en als utilistisch beschouwd, omdat het een op een transponeren van oplossingen van het ene naar het andere rechtsstelsel vaak niet mogelijk is vanwege de contextuele verschillen tussen de betrokken rechtsstelsels.[66] Dat neemt evenwel niet weg dat mogelijk ideeën kunnen worden ontleend aan een ander rechtsstelsel die, in een aan de nationale context aangepaste vorm, bruikbaar blijken.[67] Rechtsvergelijkend onderzoek maakt het voorts mogelijk om een beter begrip te krijgen van het eigen recht. Inzicht kan worden verworven in de eigenaardigheden van het eigen recht en wat met andere rechtsstelsels gedeeld wordt.[68] In het verlengde hiervan laat rechtsvergelijking iets zien van de ontwikkeling van het recht in het algemeen en van de wijze waarop fundamentele vraagstukken, die gemeenschappelijk zijn aan nagenoeg ieder rechtsstelsel, een (uiteenlopende) oplossing krijgen.[69]

1.5.2.2 De keuze voor Zuid-Afrika

Inleiding

In dit onderzoek wordt een rechtsvergelijking gemaakt met Zuid-Afrika (hoofdstuk 14). Het is om meerdere redenen interessant om een rechtsvergelijking met Zuid-Afrika te maken. Die redenen zijn gelegen in verschillende, met elkaar samenhangende, kenmerken van het Zuid-Afrikaanse (bestuurs)recht. Hieronder wordt daarop dieper ingegaan.

Gemengd rechtsstelsel

Typerend voor het Zuid-Afrikaanse recht is dat het een gemengd rechtsstelsel kent. Als een gevolg van de koloniale historie van Zuid-Afrika, is het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht door verschillende rechtsstelsels beïnvloed. Het bestuursrecht

62 Zweigert & Kötz 1998, p. 15; Schwarze 2006, p. 78.
63 Hirsch Ballin & Verheij 1994, p. 109; Koopmans 2003, p. 4; Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 4.
64 Zweigert & Kötz 1998, p. 16-17; Schwarze 2006, p. 78-79. Zo is voor de codificatie van het evenredigheidsbeginsel in (art. 3:4 lid 2 van) de Awb inspiratie ontleend aan het Duitse, Franse en Europese bestuursrecht. Zie Hirsch Ballin & Verheij 1994, p. 109.
65 Zweigert & Kötz 1998, p. 18-21; Schwarze 2006, p. 81-82.
66 Zie Koopmans 2003, p. 4; Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 4.
67 Hirsch Ballin & Verheij 1994, p. 109.
68 Zweigert & Kötz 1998, p. 21-22; Koopmans 2003, p. 5-6; Hirsch Ballin & Verheij 1994, p. 109; Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 4-5.
69 Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 5. Vergelijk Koopmans 2003, p. 6; Zweigert & Kötz 1998, p. 21-22.

is tot ontwikkeling gekomen onder de common law, ook wel aangeduid als het *'gemene reg'*.[70] Het gaat hier om *ongeschreven* recht dat wordt gevormd door Roman-Dutch law[71] en Engels recht[72] dat in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak is gecombineerd en aangepast aan de Zuid-Afrikaanse behoeften. Dit betekent dat het *'gemene reg'* bestaat uit drie elementen: (1) Roman-Dutch law, (2) Engels recht en (3) Zuid-Afrikaanse precedenten. Het laatste element is thans praktisch gezien het belangrijkste.[73]

Voor de ontwikkeling van het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht onder het *'gemene reg'* geldt dat het in zeer grote mate is beïnvloed door het Engelse recht en in veel mindere mate door Roman-Dutch law. De invloed van Roman-Dutch law heeft weliswaar betekenis gehad voor bijvoorbeeld de 'judicial remedies', maar de invloed vanuit het Engelse recht afkomstige doctrines en beginselen is dominant. Te denken valt aan de doctrine van 'legislative supremacy' en 'parliamentary sovereignty' en het beginsel van 'parliamentary government' en 'ministrial responsibility'. Voorts is van belang Dicey's klassieke doctrine van de *'rule of law'* op grond waarvan geen plaats is voor een aparte bestuursrechter. Ook kan worden genoemd het beginsel van 'the seperation of powers'. Vanwege de invloed van de Engelse doctrines en beginselen vertoont het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht tot op de dag van vandaag grote gelijkenissen met het Engelse bestuursrecht. Dit geldt vooral voor de procedure van judicial review van bestuurshandelingen, dat binnen het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht nog altijd een prominente rol speelt.[74]

---

70 Wiechers 1984, p. 37 e.v.

71 Roman-Dutch law is afkomstig uit Nederland, waar het gedurende de zeventiende en achttiende eeuw in de provincie Holland werd toegepast. Het vormde een mix van zowel middeleeuws Nederlands recht, dat van Germaanse oorsprong is, als het (gerecipieerde) Romeinse recht van Justinianus. Met de komst van de Verenigde Oost-Indische Compagnie (VOC) naar Kaap de Goede Hoop in 1652 is Roman-Dutch law in Zuid-Afrika geïntroduceerd. Zie Hahlo & Kahn 1968, p. 329-331; Du Bois 2004, p. 9.

72 Aan het begin van de negentiende eeuw werd de Kaap door de Britten gekolonialiseerd. Daarmee kwam ook het Engelse recht naar Zuid-Afrika. Dit betekende echter niet het einde van het bestaan van Roman-Dutch law. De reden daarvoor is dat in het Engelse recht het uitgangspunt geldt dat het recht van de veroveraar niet als vanzelfsprekend in de plaats komt van het recht van de veroverde. Du Bois 2004, p. 10-11.

73 Du Bois 2004, p. 40 e.v. De term 'common law' heeft verschillende betekenissen. In de onderhavige context wordt met de term 'common law' gedoeld op het ongeschreven Zuid-Afrikaanse *'gemene reg'*. Dit moet worden onderscheiden van een andere betekenis van het begrip 'common law', namelijk: de aanduiding van het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem, dat toepassing vindt in Engeland, de Verenigde Staten en de meeste Commonwealth landen. In deze betekenis wordt de term 'common law' gebruikt ter onderscheiding van landen die een 'civil law'-stelsel kennen. Een groot verschil tussen 'common law'-stelsels en 'civil law'-stelsels is dat 'common law'-stelsels in veel mindere mate beïnvloed zijn door het (gerecipieerde) Romeinse recht. De term 'common law' ter aanduiding van het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem wordt in het Zuid-Afrikaanse recht bijvoorbeeld gebruikt om aan te geven dat het Zuid-Afrikaanse *'gemene reg'* naast een 'civil law'-traditie (Roman-Dutch law) ook een 'common law'-traditie (Engels recht) kent. Zie over de verschillende betekenissen van de begrippen 'common law' en 'civil law': Hahlo & Kahn 1968, p. 131-133.

74 Hoexter 2012, p. 14; Baxter 1984, p. 30-35. In Zuid-Afrika waren 'administrative law' en 'judicial review' lange tijd zelfs synoniemen. Zie Hoexter 2000, p. 485.

Naast het Engelse recht is ook het recht van andere landen van invloed op het Zuid-Afrikaanse recht.[75] Van oudsher baseert de rechter zich op buitenlands recht van andere common law landen. Interessant in dit verband is dat in section 39(1)(c) Constitution is bepaald dat de rechter bij de interpretatie van de Bill of Rights 'may consider foreign law'. Een treffend voorbeeld hiervan is de uitspraak van het Constitutional Court in *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council*,[76] waarin het hof in het kader van de toepasselijkheid van de Bill of Rights moest beoordelen in hoeverre een semipublieke instelling uitvoering gaf aan een 'public power' of 'public function' in de zin van section 239(b)(ii) Constitution. Daarbij pleegt het hof een rechtsvergelijkende exercitie naar Engeland, de Verenigde Staten en Canada.[77]

Geconstitutionaliseerd bestuursrecht

Een belangrijk kenmerk van het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht is dat in de Constitutie een recht op 'just administrative action' is neergelegd (section 33 Constitution).[78] Een dergelijk constitutioneel recht is zeer uitzonderlijk in de wereld.[79]

Zoals hiervoor is uiteengezet is het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht tot ontwikkeling gekomen onder de common law (het *'gemene reg'*). Het bestuursrecht wordt gedomineerd door de judicial reviewprocedure. Dit is een bijzondere bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure ter beslechting van publiekrechtelijke geschillen waarbij de rechter een beslissing van de overheid op haar juridische aspecten beoordeelt. De rechterlijke bevoegdheid om tot judicial review over te gaan werd beschouwd als een *inherente* bevoegdheid, die werd gebaseerd op de uit het Engelse recht afkomstige '*ultra vires* doctrine'.[80] Deze doctrine komt er kort gezegd op neer dat de rechter dient te verzekeren dat de overheid *intra vires* handelt, dat wil zeggen: handelt binnen de grenzen van de door de wetgever toegekende bevoegdheden.[81]

Vond judicial review eerst nog zijn grondslag in het *'gemene reg'* en de ultra vires doctrine, met de inwerkingtreding van de Interim Constitution 1993 en de daarop volgende Final Constitution 1996 na het einde van het apartheidsregime is daar verandering in gekomen. Thans is de judicial review procedure gegrondvest in section 33 van de Constitution en de Promotion of Administrative Justice Act.[82]

75 Du Bois 2004, p. 50-52.
76 2007 (1) SA 343 (CC).
77 Par. 32-38.
78 Zie over de invloed van de Constitution op het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht: Hoexter 2004b, p. 109-111; Hoexter 2012, p. 16-20 en p. 115-118.
79 Hoexter 2004b, p. 108. Zuid-Afrika is een van de eerste landen waar een constitutioneel recht op 'administrative justice' is vastgelegd. Voorlopers hiervan zijn te vinden in de constituties van Namibië en Ghana. Zie ten aanzien van Namibië: Jowell 2006, p. 14-15.
80 Deze doctrine ziet op de volgende al eerder genoemde beginselen: 'the separation of powers', 'parliamentary sovereignty' en 'the rule of law'.
81 Hoexter 2012, p. 115.
82 Act 3 of 2000 (as amended by Act 66 of 2008).

Vlak na de inwerkingtreding van de Constitution leefde soms de gedachte dat het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht uit twee aparte sferen bestond. Enerzijds het bestuursrecht binnen de Constitution en anderzijds het bestuursrecht binnen de common law (het *'gemene reg'*). Deze gedachte is door het Constitutional Court verworpen in *Pharmaceutical Manufacturers Associations of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa*.[83] Volgens het hof zijn er geen twee gescheiden rechtssystemen. Er is één rechtssysteem: 'It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control.'[84] Daarmee plaatst het hof de Constitutie in het centrum van het bestuursrecht. Vanwege de constitutionalisering van het bestuursrecht is de rol van de common law (het *'gemene reg'*) voor judicial review sterk afgenomen. Dat betekent niet dat de common law helemaal geen betekenis meer heeft. Het speelt bijvoorbeeld nog een belangrijke rol in het kader van judicial review van zogenaamde *'private powers'*. Bovendien blijven de common law beginselen van belang voor de vorming en ontwikkeling van het bestuursrecht.[85]

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht

Hoewel Roman-Dutch law – ook wel aangeduid als de *'civil law'*-traditie van het Zuid-Afrikaanse recht[86] – nauwelijks invloed heeft gehad op de ontwikkeling van het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht, is het wel van groot belang voor de *conceptuele betekenis* die in de Zuid-Afrikaanse doctrine wordt toegekend aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Op grond van de Roman-Dutch law civil law traditie wordt er in Zuid-Afrika van oudsher in de juridische doctrine een onderscheid onderkend tussen publiekrecht en privaatrecht. In Roman-Dutch law staat de scheiding tussen publiek- en privaatrecht voorop. Dit onderscheid is terug te voeren op de *Digesten* van Justinianus en Hugo de Groot's *Inleiding*.[87] Dit is een bijzonder kenmerk voor een common law land. Hierin onderscheidt Zuid-Afrika zich van andere common law landen, waar het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht meestal geen rol speelt. Opmerkelijk is overigens dat voor de betekenis van dit onderscheid soms nog steeds wordt voortgebouwd op de beschouwingen uit de (oudere) Nederlandse literatuur.[88]

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht heeft vanaf een zeker moment ook betekenis gekregen voor het *positieve bestuursrecht*. Zoals gezegd, heeft het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht van oorsprong vooral postgevat in de juridische doctrine. Het speelde aanvankelijk geen rol in het positieve bestuursrecht, omdat dit in belangrijke mate op het Engelse recht is gebaseerd

83 2000 (2) SA 674 (CC).

84 Par. 44.

85 *Pharmaceutical Manufacturers Associations of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa*, par. 45. Zie over de rol van de common law ('gemene reg') Hoexter 2004b, p. 111 en 123; Hoexter 2012, p. 29.

86 Liebenberg 2010, p. 61.

87 Zie Hahlo & Kahn 1968, p. 115-117; Ferreira 1990, p. 50-51.

88 Ferreira 1990 verwijst naar Van der Hoeven, *De magische lijn* (1970) en Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht* (1978).

waarin het onderscheid niet werd onderkend.[89] In het Engelse recht is het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht pas betrekkelijk recent tot ontwikkeling gekomen.[90] Dit geldt ook voor het Zuid-Afrikaanse recht, waar de ontwikkeling van het onderscheid zich in de rechtspraak ten aanzien van twee situaties heeft voorgedaan. In de eerste plaats is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in de rechtspraak relevant geworden met betrekking tot de vraag in hoeverre judicial review mogelijk is van (in beginsel) privaatrechtelijke handelingen – met name het sluiten van contracten – van traditionele overheidsinstellingen. In de tweede plaats heeft zich de ontwikkeling voorgedaan dat de rechter sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw in toenemende mate het handelen van *private* instellingen onder de reikwijdte van de judicial reviewprocedure heeft gebracht.[91] Een bekend voorbeeld hiervan is de zaak *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange*.[92] Hierin oordeelde Goldstone J voor de Witwatersrand Local Division dat de beslissingen van de committee of the Johannesburg Stock Exchange aan judicial review onderworpen zijn, ook al kan zij niet worden aangemerkt als een *'statutory body'*:

> 'Strictly speaking, a stock exchange is not a statutory body. However, unlike companies or commercial banks or building societies formed under their respective statutes, the decisions of the committee of a stock exchange affect not only its own members or persons in contractual privity with it, but the general public and indeed the whole economy. It is for that reason that the Act [Stock Exchanges' Control Act] makes the public interest paramount. To regard the JSE as a private institution would be to ignore commercial reality and would be to ignore the provisions and intention of the Act itself. It would also be to ignore the very public interest which the Legislature has sought to protect and safeguard in the Act.'[93]

Semipublieke instellingen

In Zuid-Afrika is een zogenaamde 'trend towards privatisation' gaande.[94] Als gevolg daarvan worden steeds meer private instellingen betrokken bij het behartigen van het publieke belang.[95] Dit heeft de vraag doen rijzen naar de toepasselijkheid van

89 Baxter 1984, p. 56.

90 Zie Jurgens & Van Ommeren 2009.

91 Cockrell 1993, p. 231-233; Hoexter 2000, p. 505; Quinot 2009, p. 51-132; *De Smith's Judicial Review* 2007, p. 173-176.

92 1983 (3) SA 344 (W). Deze uitspraak wordt wel beschouwd als de Zuid-Afrikaanse variant van de Engelse uitspraak *R v Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Datafin plc* 1987 (1) ALL ER 564 (CA). Zie Hoexter 2012, p. 159-160. Zie over de *Datafin*-zaak Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 42 e.v.

93 P. 365H-365A. Deze benadering werd bevestigd door de Appellate Division in *Johannesburg Stock Exchange v Witwatersrand Nigel Ltd* 1988 (3) SA 132 (A), p. 152E-152I.

94 Hoexter 2012, p. 156-157, p. 163. Vergelijk ook Malherbe 2001, p. 1-2; Murray & Stacey (losbl.), §18.3(f); Burns 1998, p. 235-236.

95 Het is overigens noemenswaardig dat de Verenigde Oost-Indische Compagnie (VOC) kan worden beschouwd als de eerste semipublieke instelling die Zuid-Afrika kende. De VOC was niet alleen een commercieel handelsbedrijf. Kenmerkend was dat de VOC ook beschikte over door de Staten-Generaal aan haar overgedragen soevereine rechten. De VOC kon uit naam van

bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedures ('judicial review') en publiekrechtelijke normering.[96] Deze vragen zijn vergelijkbaar met de centrale vragen van dit onderzoek. Het is daarom ook passend om in dit onderzoek een rechtsvergelijking te maken met Zuid-Afrika, omdat juist daardoor goed duidelijk kan worden hoe de fundamentele vragen zoals die in dit onderzoek zijn geformuleerd in een ander rechtsstelsel worden beantwoord.

De reden om te kiezen voor Zuid-Afrika en niet voor een ander 'common law'-land is erin gelegen dat er in Zuid-Afrika vergeleken met andere 'common law'-landen relatief veel rechtspraak is over de vraag in hoeverre het handelen van semipublieke instellingen aan judicial review onderworpen is.[97] Een belangrijke verklaring daarvoor houdt verband met het *primaat van de judicial reviewprocedure*. Dit primaat vormt een bijzonder kenmerk van het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht. Het primaat van de judicial reviewprocedure is ontstaan gedurende het apartheidsregime. Judicial review was in wezen de enige controlemogelijkheid van overheidshandelen. Andere voorzieningen die controle op de overheid mogelijk maken – te denken valt aan een ombudsmanvoorziening of het recht op toegang tot overheidsinformatie – bestonden niet of nauwelijks. Dit betekende dat judicial review de enige hoop was tegen de onmenselijke gevolgen van het apartheidsbeleid. Daardoor ontstond er een 'pro-review' houding onder anti-Apartheid juristen. Zij vroegen om steeds meer rechterlijke interventie en een zo breed mogelijke toepassing van de judicial reviewprocedure.[98] In het licht hiervan was de rechter steeds meer bereid om het handelen van de overheid aan judicial review te onderwerpen. Zelfs het handelen van private, semipublieke instellingen werd in toenemende mate onder de reikwijdte van de judicial review procedure gebracht.[99] Gewezen kan worden op de hiervoor genoemde uitspraak inzake *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange*.[100] Het primaat van judicial review verklaart derhalve ook waarom het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, zoals hiervoor uiteengezet, juist langs dit spoor tot ontwikkeling is gekomen. De constitutionalisering van het bestuursrecht en de inwerkingtreding van de Promotion of Administrative Justice Act hebben het primaat van judicial review niet verminderd. Integendeel, volgens de zeer gezaghebbende bestuursrechtjurist Hoexter zal dit de nadruk op judicial review alleen maar vergroten hetgeen tot een toename van procedures zal leiden. Judicial review zal volgens haar waarschijnlijk

---

de Staten-Generaal forten bouwen, gouverneurs aanstellen, soldaten legeren en verdragen sluiten. De instructies voor de gouverneurs behoefden goedkeuring door de Staten-Generaal en de hoogste gezagsdragers moesten aan haar een eed afleggen. Ook moesten teruggekeerde bevelhebbers aan de Staten-Generaal verslag uitbrengen. Gaastra 2002, p. 21-23. Zie ook Quinot 2009, p. 16-17; Nijland 2013, p. 32-34. Coenraad van Beuningen, bewindhebber van de kamer van Amsterdam, schreef in 1685 heel treffend: ''t Is een gemeen ende in seeckeren sin waerachtig seggen dat de Nederlandsch Oost Indische Compagnie is niet alleen een Compagnie van commercie maer oock van staat. (...).' Citaat aangehaald in Gaastra 2002, p. 57.

96 Hoexter 2012, p. 156-166.

97 *De Smith's Judicial Review* 2007, p. 168-176.

98 Hoexter 2000, p. 484-488; Hoexter 2012, p. 58-59.

99 Hoexter 2000, p. 505; Hoexter 2012, p. 159-160, p. 163-166, p. 173.

100 1983 (3) SA 344 (W).

(ook in de toekomst) het belangrijkste controlemechanisme op het gebruik van 'public power' blijven. Misschien nog wel meer dan tijdens het apartheidsregime.[101]

Voorts is opvallend dat veel rechtspraak met name betrekking heeft op state owned enterprises. Naast het zojuist genoemde primaat van judicial review kunnen daarvoor een aantal bijzondere verklaringen aangewezen worden. Ten eerste is van belang dat state owned enterprises betrokken zijn bij de grootste aanbestedingen in Zuid-Afrika. Daar zijn grote sommen geld mee gemoeid. De inschrijvers die buiten de boot vallen hebben er dus belang bij te procederen. Daarmee hangt in de tweede plaats samen dat state owned enterprises in veel gevallen de enige afnemers zijn van een bepaald goed. Te denken valt aan defensiemateriaal of locomotieven. Producenten aan wie de opdracht niet wordt gegund, lopen het risico failliet te gaan omdat er geen andere afnemers zijn in de markt. Ook dat leidt ertoe dat producenten over zullen gaan tot procederen. Het voorgaande verklaart overigens ook waarom de meeste rechtspraak ten aanzien van state owned enterprises over aanbestedingen gaat.

Conclusie

In Zuid-Afrika is de behartiging van het publieke belang net als in Nederland in toenemende mate in handen gekomen van private instellingen. Evenals in Nederland heeft dit de vraag doen rijzen naar de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen en de toepasselijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedures. Het is daarom nuttig om een rechtsvergelijking te verrichten met Zuid-Afrika, omdat daardoor goed inzichtelijk wordt hoe de fundamentele vragen waarover dit onderzoek gaat in een ander rechtsstelsel worden beantwoord.

Een vergelijking met Zuid-Afrika is voorts met name de moeite waard omdat men in Zuid-Afrika, evenals in Nederland, van oudsher vertrouwd is met het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Dit is vrij bijzonder voor een common law land. De achtergrond van het onderscheid is gelegen in de van oorsprong uit Nederland afkomstige civil law traditie van het Rooms Hollands recht (Roman-Dutch law). De beschouwingen uit de Nederlandse doctrine zijn vandaag de dag soms nog van betekenis voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zoals dat in Zuid-Afrika wordt gemaakt. Daarnaast ontwikkelt het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht zich in Zuid-Afrika grofweg langs dezelfde lijnen als in Nederland. Ook in Zuid-Afrika is het onderscheid tot ontwikkeling gekomen in het kader van de toepasselijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedures, in het bijzonder met betrekking tot de toepasselijkheid van de judicial

101 Hoexter 2000, p. 498-499, p. 519. Dit ondanks het feit dat er thans een Bill of Rights is, waardoor 'administrative-law review' niet meer al het werk hoeft te doen. In de woorden van Chaskalson P voor het Constitutional Court in *Pharmaceutical Manufacturers Associations of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa*, par. 45: 'Courts no longer have to claim space and push boundaries to find means of controlling public power.' Als het bijvoorbeeld gaat om discriminatie kan nu worden teruggevallen op section 9 Constitution en de Promotion of Equality and Prevention of Unfair Disrimination Act (Act 4 of 2000). Zie Hoexter 2012, p. 174. Daarnaast zijn er nu bijvoorbeeld ook een ombudsmanvoorziening en een recht op toegang tot overheidsinformatie; zaken die een bijdrage leveren aan controle op de overheid maar die tijdens het apartheidsregime niet of nauwelijks bestonden. Zie Hoexter 2012, p. 59-60.

review procedure op het handelen van semipublieke instellingen. Daar komt bij dat er in Zuid-Afrika vergeleken met andere common law-landen relatief veel rechtspraak is over de vraag in hoeverre het handelen van semipublieke instellingen aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming onderworpen is. Dit maakt Zuid-Afrika eveneens geschikt ter rechtsvergelijking.

1.5.2.3 Rode draad: state owned enterprises

De discussie over semipublieke instellingen in Zuid-Afrika gaat hoofdzakelijk over zogenaamde 'state owned enterprises'. Ter illustratie van het rechtsvergelijkende onderzoek wordt daarom een *casestudy* gemaakt van deze state owned enterprises. Die *casestudy* wordt bij wijze van terugkerend voorbeeld als rode draad door het rechtsvergelijkende onderzoek geweven. Dit houdt in dat bij de beschrijving en analyse van het Zuid-Afrikaanse recht ten aanzien van de vragen naar het toepasselijk recht en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming (toepasselijkheid van judicial review) wordt aangegeven hoe die vragen in het bijzonder ten aanzien van state owned enterprises worden beantwoord.

Het concept 'state owned enterprise' is geen positiefrechtelijk concept. Wat er precies onder moet worden verstaan is in de juridische doctrine nog niet uitgekristalliseerd.[102] Desalniettemin wordt het concept in de literatuur steeds in verband gebracht met het begrip 'public entities' in de zin van de Public Finance Management Act (PFMA).[103] Met andere woorden: state owned enterprises zijn private instellingen die in de PFMA worden aangeduid als 'public entities'. In dit onderzoek wordt bij deze definitie aangesloten. De bestaande 'public entities' worden opgesomd in Schedules 2 en 3 PFMA.[104] Zij maken als zodanig geen deel uit van de klassieke overheidsinstellingen, maar zijn daar wel in meerdere of mindere mate van afhankelijk.[105]

De PFMA maakt onderscheid tussen twee typen public entities. Enerzijds wordt genoemd de 'national government business enterprise' en anderzijds 'a board, commission, company, corporation, fund or other entity (other than a national government business enterprise) which is established in terms of national legislation; fully or substantially funded either from the National Revenue Fund, or by way of a tax, levy or other money imposed in terms of national legislation; and accountable to Parliament'. Instellingen van het tweede type zijn opgenomen in Schedule 3A PFMA en betreffen onder andere verschillende musea. National government business enterprises zijn rechtspersonen waarvan de overheid beschikt over 'ownership control'.[106] Dit betekent dat de overheid onder andere de

102 Bolton 2010, p. 101 spreekt bijvoorbeeld over 'enterprises or institutions that are directly or indirectly controlled by the state'.

103 Act 1 of 1999. Zie Bolton 2010, p. 101; HI Cassim e.a. 2011, p. 81; Murray & Stacey (losbl.), § 18.3 (f) (ii).

104 De laatste update is van 15 maart 2013. Zie http://www.treasury.gov.za/legislation/pfma/public%20entities/2013-03-15%20Public%20institutions%20Sch%201-3D.pdf.

105 Murray & Stacey (losbl.), § 18.3(f)(ii).

106 Section 1 PFMA definieert 'national government business enterprise' als: 'an entity which
(a) is a juristic person under the ownership control of the national executive;
(b) has been assigned financial and operational authority to carry on a business activity;

mogelijkheid heeft om alle of een meerderheid van de bestuursleden te benoemen dan wel te ontslaan en een meerderheidsstem kan uitbrengen tijdens een bestuursvergadering of algemene vergadering.[107] Vaak gaat het om rechtspersonen waarvan de overheid alle aandelen in handen heeft. Voorbeelden hiervan zijn de South African Broadcasting Corporation Limited, Transnet Limited, Central Energy Fund (Pty) Ltd, ESKOM, Airports Company of South Africa Limited, Telkom SA Limited en South African Post Office Limited.[108] De bestaande national government business enterprises zijn opgesomd in Schedule 2, 3B en 3D PFMA.

1.6 Rode draad

1.6.1 Inleiding

Ter illustratie van het onderzoek zijn casestudies gemaakt van een aantal concrete semipublieke instellingen. Deze casestudies zijn bij wijze van terugkerend voorbeeld als rode draad door het onderzoek geweven. Op deze manier kan een wisselwerking plaatsvinden tussen de soms wat abstracte beschrijving en analyse van het positieve recht en de theorievorming enerzijds en de betekenis daarvan voor een concreet geval anderzijds.

De rode draad wordt gevormd door de woningcorporaties en ProRail. De woningcorporatiesector geniet vandaag de dag grote belangstelling, niet in de laatste plaats vanwege de (financiële) problemen bij enkele woningcorporaties, zoals Vestia. Daarnaast hebben zich de afgelopen jaren verschillende ontwikkelingen voorgedaan binnen de sector. Gewezen kan worden op de schaalvergroting van woningcorporaties, verandering van de interne organisatie als gevolg van de financiële en organisatorische verzelfstandiging van de woningcorporaties en een uitbreiding van de activiteiten van puur sociale huisvesting naar commerciële activiteiten. Hierdoor zijn vragen gerezen over staatssteun, mededinging en aanbestedingregels met betrekking tot woningcorporaties. Verder is er een discussie gaande over het intern toezicht bij woningcorporaties, mede als gevolg van de eerder genoemde problemen. Deze ontwikkelingen vormen onder andere de

---

(c) as its principal business. provides goods or services in accordance with ordinary business principles: and
(d) is financed fully or substantially from sources other than
  (i) the National Revenue Fund; or
  (ii) by way of a tax, levy or other statutory money.'

107 Section 1 PFMA definieert 'ownership control' als volgt: '"ownership control", in relation to an entity, means the ability to exercise any of the following powers to govern the financial and operating policies of the entity in order to obtain benefits from its activities:
(a) To appoint or remove all, or the majority of, the members of that entity's board of directors or equivalent governing body;
(b) to appoint or remove that entity's chief executive officer;
(c) to cast all, or the majority of, the votes at meetings of that board of directors or equivalent governing body; or
(d) to control all, or the majority of, the voting rights at a general meeting of that entity.'

108 Murray & Stacey (losbl.), § 18.3(f)(ii).

aanleiding voor het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting waarbij de Woningwet wordt gewijzigd en dat thans aanhangig is bij de Eerste Kamer.[109] Tegen de achtergrond van voornoemde ontwikkelingen is het interessant na te gaan hoe de centrale vragen in het onderhavige onderzoek worden beantwoord ten aanzien van woningcorporaties.

ProRail is verantwoordelijk voor het spoorwegnet en kan worden aangeduid als een overheidsbedrijf: een vennootschap waarvan de overheid alle (zoals in dit geval) of de meerderheid van de aandelen in handen heeft.[110] Nederland kent veel verschillende overheidsbedrijven.[111] De vraag rijst wat precies hun rechtspositie is. Daarom is het zinvol te illustreren hoe de centrale vragen in dit onderzoek worden beantwoord ten aanzien van één specifiek overheidsbedrijf, in dit onderzoek: ProRail. De conclusies die getrokken worden ten aanzien van ProRail kunnen mogelijk ook dienstbaar zijn voor de beantwoording van de vraag naar de rechtspositie van andere overheidsbedrijven, zoals de Nederlandse Spoorwegen, het Havenbedrijf Rotterdam N.V. en ABN AMRO.

Hieronder wordt afzonderlijk dieper ingegaan op de woningcorporaties en ProRail.

1.6.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

Artikel 21 Grondwet bepaalt dat de zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Daarnaast is de bevordering van voldoende woongelegenheid voorwerp van zorg der overheid, aldus artikel 22 lid 2 Gw. Het publieke belang van de volkshuisvesting waarvoor de overheid zorg dient te dragen, wordt mede door woningcorporaties gerealiseerd via de erkenning van woningcorporaties als toegelaten instelling.[112] Woningcorporaties zijn verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en stichtingen, die zich ten doel stellen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting

109 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 769, nr. A. Het voorlopig verslag is reeds op 2 oktober 2012 vastgesteld. Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32 769, nr. B. De memorie van antwoord laat nog op zich wachten. In een brief van 11 maart 2013 heeft de minister laten weten in zowel de voorstellen in het Regeerakkoord van het huidige kabinet met betrekking tot de woningcorporaties, als in het onlangs uitgebrachte rapport van de commissie Hoekstra over het toezicht op de woningcorporaties aanleiding te zien het betreffende wetsvoorstel op enkele belangrijke onderdelen te wijzigen. Hij acht het gewenst in de memorie van antwoord verbanden met de beoogde wijzigingen te leggen. De minister is voornemens die wijzigingen in een novelle bij het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aan te bieden. Zo spoedig mogelijk daarna zal minister de memorie van antwoord toesturen aan de Eerste Kamer. Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32 769, nr. C. Op 20 juni 2014 heeft de minister de novelle toegezonden aan de Tweede Kamer. Zie voor de novelle *Kamerstukken II* 2013/14, 33 966. Omdat de redactionele afwerking van dit boek op dat moment al in een vergevorderd stadium was, kon de novelle niet meer in dit onderzoek worden meegenomen. In dit onderzoek wordt daarom, wanneer wordt verwezen naar het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, uitgegaan van het wetsvoorstel zoals dat aanvankelijk bij de Eerste Kamer is ingediend.

110 Zijlstra 2009, p. 90.

111 Zie voor de overheidsbedrijven rondom de staat de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165, nr. 165).

112 Dat woningcorporaties het publieke belang behartigen wordt in de jurisprudentie ook steeds benadrukt. Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 oktober 2010, *AB* 2011, 13 (m.nt. R. Ortlep).

werkzaam te zijn en niet beogen uitkeringen te doen anders dan in het belang van de volkshuisvesting en die bij koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen, uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam (art. 70 lid 1 Woningwet).[113]

Het aanmerken van een woningcorporatie als toegelaten instelling in de zin van artikel 70 lid 1 Woningwet, heeft als gevolg dat de woningcorporatie bij zijn werkzaamheden onder andere de regels in acht moet nemen die zijn uitgewerkt in de Woningwet (art. 70 e.v.), het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH) en het Besluit Centraal Fonds Volkshuisvesting (BCFV). In de kern komen deze regels er op neer dat woningcorporaties actief dienen te werken aan het bevorderen van de volkshuisvesting, niet buiten de volkshuisvestingstaak mogen treden en onder toezicht van de overheid staan. Op woningcorporaties rust onder andere de verplichting om te voorzien in een intern toezichthoudend orgaan, om batige saldi uitsluitend te bestemmen voor werkzaamheden op het gebied van de volkshuisvesting en om bepaalde verslagleggingsregels in acht te nemen.[114]

Woningcorporaties kunnen worden beschouwd als organisaties met een *hybride* karakter. Zij dienen hun gehele vermogen in te zetten ten behoeve van de volkshuisvesting. De activiteiten op het gebied van de volkshuisvesting omvatten kort gezegd het verwerven, bouwen, beheren en verhuren van woongelegenheden (art. 70c lid 2 Woningwet; art. 11 lid 2 BBSH).[115] De woningcorporaties dienen bij voorrang personen te huisvesten die door hun inkomen of andere omstandigheden moeilijkheden ondervinden bij het vinden van hun passende huisvesting (art. 70c lid 1 Woningwet).[116] Deze personen worden wel aangeduid als de 'sociale doelgroep'. Het wettelijke stelsel sluit niet uit dat personen die niet tot de sociale doelgroep behoren, van door de woningcorporaties geboden faciliteiten gebruik maken. De activiteiten die woningcorporaties verrichten ten behoeve van de volkshuisvesting zijn weliswaar in het bijzonder gericht op de sociale doelgroep, maar zijn daartoe niet beperkt. Woningcorporaties kunnen daarnaast ook commerciële activiteiten ten behoeve van de volkshuisvesting verrichten.[117] Hierin komt hun hybride karakter tot uitdrukking. Enerzijds richten woningcorporaties zich op de sociale volkshuisvesting en anderzijds zijn het ondernemingen die in het krachtenveld van de vastgoedmarkt opereren en winst maken.[118]

Het hybride karakter van woningcorporaties komt ook tot uitdrukking in de financiering. De financiële middelen van woningcorporaties bestaan enerzijds uit gelden ontvangen uit huuropbrengsten en de ontwikkeling, bouw en verkoop van onroerend goed. Anderzijds kunnen woningcorporaties financiële steun ontvangen van de overheid. Weliswaar zijn de woningcorporaties aan het begin van de jaren negentig financieel verzelfstandigd via de bruteringsoperatie,[119] maar er zijn nog verschillende manieren waarop woningcorporaties financieel door de

113 Art. 19 lid 1 Woningwet (nieuw). Zie Van Tilborg 2012, § 2; De Ridder 1998, p. 268-269.
114 Van Tilborg 2012, § 2.
115 Art. 45 Woningwet (nieuw).
116 Artikel 46 lid 1 aanhef en onder a Woningwet (nieuw).
117 Zie ABRvS 19 december 2007, *AB* 2008, 48 (m.nt. Steyger), r.o. 2.17.
118 Kuypers & Smallegange 2008, p. 42.
119 Het gaat hier om het wegstrepen van de uitstaande leningen van het rijk aan de woningcorporaties tegen zijn subsidieverplichtingen. Zie Beekers 2012, p. 265-270.

overheid kunnen worden ondersteund. Zo kunnen woningcorporaties van het Centraal Fonds Volkshuisvesting[120] subsidies ontvangen ten behoeve van saneringen en specifieke projecten. Voorts kunnen woningcorporaties in aanmerking komen voor gemeentelijke compensatie in de vorm van garanties voor op de kapitaalmarkt aangetrokken leningen of in de vorm van verlaagde grondkosten of specifieke subsidies voor bepaalde activiteiten.[121] Wat precies de verhouding is tussen de mate van overheidsfinanciering in relatie tot de zelf gegeneerde middelen verschilt per woningcorporatie, zodat daar nauwelijks algemene uitspraken over gedaan kunnen worden.[122] In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat woningcorporaties niet in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd.[123]

1.6.3 ProRail

ProRail is een besloten structuurvennootschap (BV)[124] die verantwoordelijk is voor het spoorwegnet. Op grond van artikel 16 lid 1 van de Spoorwegwet is aan ProRail door middel van de Beheerconcessie hoofdspoorweginfrastructuur de behartiging van een aantal publieke belangen opgedragen. Het gaat om het zorgdragen voor de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de hoofdspoorweginfrastructuur, het zorgdragen voor een eerlijke, niet-discriminerende verdeling van de capaciteit van de hoofdspoorweginfrastructuur zowel ten behoeve van ProRail als ten behoeve van spoorwegondernemingen en het zorgdragen voor het leiden van het verkeer over de hoofdspoorweginfrastructuur. De Beheerconcessie wordt verleend door de minister van Infrastructuur en Milieu. De minister houdt als concessieverlener toezicht op de uitvoering en naleving van de Beheerconcessie en beschikt in dat verband over diverse interventiemogelijkheden.

ProRail is voortgekomen uit de hervormingen die in de vervoerssector hebben plaatsgevonden naar aanleiding van Richtlijn 91/440/EG. Deze richtlijn beoogde een vrije concurrentie op het spoor. Daartoe werd op grond van artikel 6 van de richtlijn een scheiding van enerzijds het beheer van de infrastructuur en anderzijds de vervoersactiviteiten voorgeschreven. De lidstaten hadden de vrijheid om te

120 In het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting wordt het Centraal Fonds Volkshuisvesting omgevormd tot de Financiële Autoriteit Woningcorporaties. Zie art. 57 e.v. Woningwet (nieuw).

121 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3, p. 16.

122 Vergelijk Möhlmann 2011, § 6.1.

123 Zie Heemskerk & Braat 2010, p. 786; Janssen 2011, p. 77; Essers 2013, p. 104.

124 In 2009 heeft ProRail de status van structuurvennootschap gekregen (art. 2:263 BW). Zie Jaarverslag beheer staatsdeelnemingen 2009, p. 110 (te raadplegen via www.rijksoverheid.nl). In principe zijn de bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) bij de structuurvennootschap veel beperkter dan bij de gewone vennootschap. De belangrijkste bevoegdheden komen toe aan de raad van commissarissen. Hij benoemt en ontslaat de bestuurders. Over een voorgenomen ontslag wordt de AVA nog wel gehoord (art. 2:272 BW). Verder zijn verschillende bestuursbesluiten onderworpen aan een goedkeuring van de RvC (art. 2:274 BW). Omdat ProRail, via Railinfratrust B.V., een 100% deelneming van de staat betreft, geldt echter een 'verzwakt regime' (art. 2:265a lid 1 sub b BW jo. art. 2:1 BW). Daardoor blijft de algemene vergadering van aandeelhouders – en dus: de staat als enig aandeelhouder – bevoegd om de bestuurders te benoemen en te ontslaan. Zie ook artikel 11 lid 2 van de statuten van ProRail.

kiezen voor een boekhoudkundige scheiding binnen de spoorwegonderneming, dan wel om de infrastructuur door een afzonderlijke organisatie te laten beheren.[125] In Nederland is gekozen voor de laatste variant. De taken op het gebied van infrastructuurbeheer zijn opgedragen aan ProRail BV, terwijl het spoorvervoer wordt uitgevoerd door de Nederlandse Spoorwegen NV.[126] Het beheer van het spoor werd in Nederland aanvankelijk opgedragen aan drie onder de Nederlandse Spoorwegen NV ressorterende taakorganisaties. Het ging hier om Railinfrabeheer (onderhoud en aanleg), Railned (verdeling capaciteit) en NS verkeersleiding. De juridische eigendom van het spoor werd overgebracht naar Railinfratrust BV waarvan alle aandelen aan de Staat werden overgedragen. De genoemde taakorganisaties werden vervolgens gesplitst van de NS en als dochterondernemingen ondergebracht bij Railinfratrust BV. Daarna zijn de taakorganisaties gefuseerd tot het huidige ProRail BV, waarvan alle aandelen in handen zijn van Railinfratrust BV. Dit betekent dat de Staat der Nederlanden, via Railinfratrust BV, de enige aandeelhouder is van ProRail.[127] De reden voor de staatsdeelneming in ProRail is gelegen in het strategische belang voor de Nederlandse economie dat is gemoeid met het beheer van de infrastructuur.[128] Er is voor gekozen het beheer van het aandeelhouderschap niet centraal onder te brengen bij het ministerie van Financiën, maar bij het ministerie van Infrastructuur en Milieu. De reden daarvoor is dat de rollen van beleidsmaker en aandeelhouder (nog) niet kunnen worden ontvlochten; bij ProRail bestaat een grote budgetmatige verwevenheid tussen onderneming en vakdepartement.[129]

De financiering van ProRail vindt grotendeels plaats uit publieke middelen.[130] Op grond van de Wet Infrastructuurfonds en het Besluit Infrastructuurfonds wordt ProRail gesubsidieerd voor de uitvoering van de zorgtaken die zij heeft op grond van de Spoorwegwet en de Beheerconcessie. Daarnaast ontvangt zij gebruiksvergoedingen van vervoerders.[131]

---

125 Zie hierover Nijland 2013, p. 316; Sevinga 2013, p. 227-234.

126 In andere landen, zoals Duitsland, heeft men gekozen voor het 'holdingmodel' waarin de essentiële taken van de infrastructuurbeheerder worden uitgeoefend door een aparte onderneming binnen een ondernemingsgroep waartoe ook spoorwegondernemingen behoren. Het is met name dit holdingmodel dat de aandacht heeft van de Europese Commissie en aanleiding is geweest voor diverse inbreukprocedures. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 28 februari 2013, C-555/10 (*Commissie/Oostenrijk*) en HvJ EU 28 februari 2013, C-556/10 (*Commissie/Duistland*). Interessant is dat in Nederland tegen de achtergrond van de Lange Termijn Spooragenda (*Kamerstukken II* 2012/13, 29 984, nr. 384) verschillende geluiden opgaan om NS en ProRail te fuseren en naar Duits model om te vormen tot een holding. Zie hierover meer uitgebreid Sevinga 2013, p. 227-234.

127 Zie hierover met nadere bronverwijzingen Nijland 2013, p. 328-329. Zie ook het deelrapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten waarin uitgebreid wordt ingegaan op de oprichting van ProRail (*Kamerstukken I* 2012/13, C, nr. C, p. 96 e.v.)

128 Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 22-23 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165, nr. 165).

129 Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 30-31 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 28 165, nr. 165).

130 Zie Rb. Amsterdam 4 juli 2013, *AB* 2013, 234.

131 Zie ook het Jaarverslag 2012, p. 81, te raadplegen via www.prorail.nl.

1.7 Relevantie van het onderzoek

1.7.1 Wetenschappelijke relevantie

Algemeen juridisch onderzoek naar publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming bij semipublieke instellingen en de grenzen van het overheidsbegrip is nog nauwelijks verricht.[132] In de doctrine is op dit punt sprake van een lacune die bestaat uit zowel onvoldoende kennis en inzicht als een ontoereikende (algemene) theorievorming. Dit is opmerkelijk omdat het hier in wezen gaat om kernvraagstukken van het staats- en bestuursrecht. In zijn preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht heeft Zijlstra in dit verband een eerste onderzoeksaanzet gegeven.[133] Een promotieonderzoek naar alle relevante aspecten rondom het toepasselijke recht en de rechtsbescherming bij semipublieke instellingen en de grenzen van het overheidsbegrip is in Nederland echter nog niet eerder verricht. Dit onderzoek beoogt in die lacune te voorzien.

In de algemene bestuursrechtelijke literatuur wordt de juridische positie van semipublieke instellingen voornamelijk bezien in het licht van het bestuursorgaanbegrip (art. 1:1 lid 1 sub b Awb) en de toepasselijkheid van de materiële normen van de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[134] Dit vormt ook een belangrijk aspect van het onderhavige onderzoek. Een uitvoerige analyse van alle aspecten van het bestuursorgaanbegrip, met name het b-orgaanbegrip (art. 1:1 lid 1 sub b Awb), ontbreekt in de literatuur.[135] Het onderzoek beperkt zich echter niet tot de Awb, maar gaat ook in op de toepasselijkheid van andere publiekrechtelijke regels zoals het EVRM en regels van Europeesrechtelijke origine. Weliswaar worden zulke onderwerpen in de literatuur ook wel fragmentarisch besproken,[136] maar dergelijke besprekingen laten echter niet een volledig beeld zien van de publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen. Bovendien wordt in dit onderzoek ook ingegaan op de publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming bij semipublieke instellingen die *niet* als bestuursorgaan in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt, hetgeen in de literatuur veelal onderbelicht blijft.

Voorts wordt in de literatuur aandacht besteed aan specifieke (typen van) semipublieke instellingen of specifieke semipublieke sectoren. Te denken valt aan overheidsbedrijven,[137] overheidsstichtingen,[138] zelfstandige bestuursorganen,[139]

---

132 Gewezen kan worden op de al wat oudere proefschriften van Schreuder 1994, hoofdstuk 4 en Goorden 1990, p. 159-211. Relevant is ook Ten Berge & De Ru 1991.

133 Zijlstra 2008.

134 Zie Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2011, p. 62-65, p. 89-94; Damen I 2013, p. 120-122; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 123-127, p. 647-662; Scheltema & Scheltema 2013, p. 78-84; Zijlstra 2009, p. 48-56, p. 86-103.

135 Zie voor het bestuursorgaanbegrip in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb (a-orgaan), het proefschrift van Peters 1997 en Ten Berge & Zijlstra 2000, p. 2-101.

136 Zie voor het EVRM bijvoorbeeld Engelhard 2010. Zie voor het Europese recht bijvoorbeeld Steyger 2005.

137 De Ru 1981; Nijland 2013.

138 Schroten 2000; Jak & Zijlstra 2011.

139 Zijlstra 1997.

woningcorporaties,[140] het maatschappelijk middenveld[141] of nutssectoren.[142] In het onderhavige onderzoek wordt hiervan in beginsel geabstraheerd. Het onderzoek kenmerkt zich door zijn meer algemene karakter. Wel zijn, zoals eerder aangegeven, ter illustratie van het onderzoek casestudies gemaakt van een aantal concrete semipublieke instellingen. Op deze manier kan zoals gezegd een wisselwerking plaatsvinden tussen de soms wat abstracte beschrijving en analyse van het positieve recht en de theorievorming enerzijds en de betekenis daarvan voor een concreet geval anderzijds.

Kenmerkend voor het onderhavige onderzoek is tevens de staats- en bestuursrechtelijke invalshoek.[143] Ook in de privaatrechtelijke doctrine wordt onderzoek gedaan naar semipublieke instellingen. De nadruk wordt daarbij vooral gelegd op onder andere het 'eigen belang' van de private rechtspersoon, de beïnvloedingsmogelijkheden die de overheid heeft ten aanzien van semipublieke instellingen, de aansprakelijkheid van de overheid voor semipublieke instellingen,[144] 'goed bestuur' en de vraag naar de invulling van de bestuurlijke en toezichthoudende taken binnen een semipublieke instelling.[145] Deze onderwerpen blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

De wetenschappelijke meerwaarde van dit onderzoek is voorts gelegen in de rechtsvergelijkende studie met Zuid-Afrika. Rechtsvergelijkend onderzoek naar in het bijzonder de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen en bestuursrechtelijke rechtsbescherming ten aanzien van semipublieke instellingen is in Nederland niet eerder verricht.[146] De relevantie van de rechtsvergelijking is hiervoor reeds uitvoerig aan bod gekomen.[147]

Dit onderzoek moet tevens worden beschouwd in het licht van de meer fundamentele vraag naar de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen. Het onderzoek zou kunnen bijdragen aan verdere verdieping en aanscherping van het inzicht in de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht in het algemeen alsook aan de ontwikkeling van de theorievorming daaromtrent. Gaan we ook in Nederland[148] op weg naar een meer materiële benadering van de reikwijdte van het publiekrecht, waarbij het uitoefenen van een publieke taak doorslaggevend wordt geacht en niet zozeer de entiteit die handelt (de overheid of

140 Groeneveld-Louwerse 2004.

141 Graat 1998; Balkenende 1992.

142 Wilkeshuis 2010.

143 Zie ook de eerder genoemde voor het staats- en bestuursrecht relevante juridische onderzoeksvragen die de governancebenadering met zich brengt (§ 1.3.1).

144 Zie voor een overzicht van deze onderwerpen met literatuurverwijzingen Scheltema & Scheltema 2013, p. 84-115. Het is overigens niet gezegd dat de genoemde onderwerpen niet in de publiekrechtelijke doctrine worden bestudeerd. De nadruk wordt er alleen niet op gelegd.

145 Zie bijvoorbeeld Overes 2011; Overes 2013.

146 Dat neemt niet weg dat semipublieke instellingen eerder wel voorwerp van rechtsvergelijkende studie zijn geweest. Zie bijvoorbeeld Graat 1998 (maatschappelijke instellingen); Schroten 2000 (overheidsstichtingen); Nijland 2013 (overheidsondernemingen). Vergelijk ook Goorden 1990. Zie voor een, voor dit onderzoek relevante, rechtsvergelijkende studie naar het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht bijvoorbeeld Jurgens & Van Ommeren 2009.

147 § 1.5.2.

148 Zie voor bijvoorbeeld het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht Hoexter 2012, p. 2.

niet)?[149] De resultaten van dit onderzoek kunnen ter beantwoording van die vraag relevante aanknopingspunten bieden.

Ten slotte is het onderhavige onderzoek van belang voor disciplines buiten de juridische doctrine. Met name bij bestuurskundig en politicologisch onderzoek naar de organisatie van de overheid en de relatie overheid – samenleving kunnen de vruchten worden geplukt van dit onderzoek naar de juridische positie van semipublieke instellingen.

1.7.2 Maatschappelijke relevantie

Zoals hiervoor uiteengezet in paragraaf 1.2 bestaat er op dit moment veel onduidelijkheid over de juridische positie van semipublieke instellingen. Er is geen helderheid over de in dit onderzoek te beantwoorden vragen naar de toepasselijke rechtsnormen en de rechtsbescherming. Semipublieke instellingen weten daardoor vaak niet hoe zij zich precies verhouden tot de overheid en wat hun juridische positie is in een samenleving waarin de grenzen van het publieke en private domein lijken te vervagen.[150] Dit kan als problematisch worden beschouwd omdat onze samenleving steeds meer doordrongen raakt van de ontwikkeling dat publieke belangen niet (meer) worden behartigd door de klassieke overheid, maar dat dit op veel belangrijke maatschappelijke terreinen steeds vaker wordt overgelaten aan private instellingen. Nu hierbij telkens de relatie tussen overheid en samenleving in het geding is, is het van groot belang dat de juridische positie van semipublieke instellingen helder voor het voetlicht wordt gebracht en verder wordt doordacht. Dit onderzoek is daarop gericht en is daarom van grote betekenis voor maatschappelijk belangrijke sectoren van overheidszorg en publieke dienstverlening, zoals de (sociale) volkshuisvesting, de gezondheidszorg en het onderwijs, maar bijvoorbeeld ook voor de commerciële financiële dienstverlening (te denken valt aan ABN AMRO). In het verlengde hiervan kan het onderzoek tevens van belang zijn voor de burger, voor wie de overheid steeds minder herkenbaar is geworden. Het is voor de burger bijvoorbeeld van belang om te weten bij welke rechter hij terecht kan als hij een geschil heeft met een semipublieke instelling en of hij op grond van de Wet openbaarheid van bestuur om openbaarmaking van informatie kan verzoeken.

Tot slot kunnen de resultaten van dit onderzoek van belang zijn voor zowel de wetgever als de rechter. Wanneer de wetgever dan wel de rechter bijvoorbeeld met het oog op de toepasselijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtsnormen een

149 Zoals Van der Hoeven reeds in 1970 voorstond in zijn gezaghebbende publicatie getiteld: 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht'.

150 Illustratief in dit verband is een onderzoek van de Algemene Rekenkamer naar een twintigtal stichtingen rondom het Rijk. Geconstateerd werd dat achttien van deze stichtingen verplicht zijn tot Europees aanbesteden. Opmerkelijk is dat sommige stichtingen ten onrechte in de veronderstelling verkeren dat de aanbestedingsregels niet op hen van toepassing zijn. De oorzaak van dit misverstand is gedeeltelijk gelegen in onbekendheid met het Europese recht. Algemene Rekenkamer 2011a, p. 22.

bepaald afbakeningscriterium moeten formuleren, kunnen de uitkomsten van dit onderzoek daarvoor een handvat bieden.[151]

1.8 Inbedding van het onderzoek

Dit onderzoek bouwt voort op een diepgewortelde traditie van de juridische faculteit van de Vrije Universiteit (VU) waarbij onderzoek naar publieke taakbehartiging door private entiteiten centraal staat. Vanaf het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw werd daar al onderzoek naar gedaan in het zwaartepunt 'Overheid en particulier initiatief' (OPI). Dit werd later voortgezet in het onderzoeksprogramma 'Publieke en Private Belangen in Balans' (PPBB) onder de paraplu van het *VU University Center for Law and Governance*.[152] Onderzoek naar private instellingen die publieke belangen behartigen vond daarbij in het bijzonder plaats in het deelprogramma 'Balans via regulering en organisatie van de semipublieke sfeer', in welk deelprogramma het onderhavige onderzoek aanvankelijk werd uitgevoerd.

Het onderzoek is nu ingebed in het onderzoeksprogramma *Public Contracts: Law and Governance*. Dit onderzoeksprogramma is onderdeel van de pijler 'Law and Governance' van het *Kooijmans-instituut*, het onderzoeksprogramma van de rechtenfaculteit van de VU. Het onderzoeksprogramma participeert tevens in het *Netherlands Institute for Law and Governance* (NILG), een onderzoeksplatvorm van universiteiten, waaronder de VU, en andere onderzoeksinstellingen dat tot doel heeft om onderzoek op het terrein van Law and Governance te bevorderen.

Diverse juridische en maatschappelijke ontwikkelingen liggen ten grondslag aan het onderzoeksprogramma *Public Contracts: Law and Governance*. Zo is er de veranderde rolverdeling tussen overheid en markt, waarbij verantwoordelijkheden worden gedeeld. Publieke belangen worden niet alleen geborgd door de overheid, maar in toenemende mate ook door andere (private) actoren. Die ontwikkeling vormt ook de achtergrond van het onderhavige onderzoek naar de juridische positie van semipublieke instellingen.[153] Daarnaast staat in het onderzoeksprogramma een governancebenadering van het recht centraal. Met governance wordt onder andere tot uitdrukking gebracht dat er veel meer relevante bestuurlijke of normstellende instanties zijn dan de overheid (government). De publieke taak wordt ook door vele anderen uitgevoerd. De governancebenadering van het recht betekent een uitbreiding van het juridisch onderzoek ten aanzien van de te bestuderen rechtssubjecten en roept bij uitstek de in dit onderzoek centraal staande vraag op

151 Vermeldenswaardig in dit verband is dat staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven reeds verwijst naar (de bevindingen van) het onderhavige proefschrift in zijn conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, over de vraag in hoeverre een privaatrechtelijke rechtspersoon, waaraan niet bij of krachtens de wet publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, toch moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b van de Awb.

152 Zijlstra 2014, p. 8-9, p. 12-13, p. 19-20.

153 Zie § 1.1.

hoe private instellingen die een publieke taak behartigen juridisch worden gepositioneerd.[154]

De vraagstukken die binnen het onderzoeksprogramma centraal staan, worden vanuit diverse invalshoeken bestudeerd. Een belangrijke invalshoek is het onderscheid publiek- en privaatrecht. Dit onderscheid vormt in het onderhavige onderzoek eveneens een belangrijk gezichtspunt.[155] Daarbij rijst onder andere de vraag naar het oogmerk van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en de verschillende criteria aan de hand waarvan het onderscheid wordt gemaakt. In hoeverre maakt het hierbij verschil of een bepaalde publieke taak door de overheid, een semipublieke instelling of een puur commerciële onderneming wordt uitgevoerd? Andere belangrijke invalshoeken die in het onderzoeksprogramma centraal staan, zijn de verhouding tussen Europees recht en nationaal recht en de verhouding tussen overheidsregulering en private regulering, welke invalshoeken ook in het onderhavige onderzoek zijn terug te zien. Zo wordt aandacht besteed aan het Europese aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht. Tevens komt de vraag aan bod hoe publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen kan worden bewerkstelligd en wanneer overheidsregulering van semipublieke instellingen daarbij is aangewezen.

Ten slotte is het onderzoeksprogramma sterk gericht op internationalisering. Dit onderzoek beoogt daaraan bij te dragen door de centrale vragen van dit onderzoek te onderwerpen aan een externe rechtsvergelijking met Zuid-Afrika. Het is in dit verband van belang te vermelden dat het in de Zuid-Afrikaanse doctrine zeer gebruikelijk is om de vraag naar de juridische positie van semipublieke instellingen te onderzoeken in het kader van het overheidscontractenrecht (*contracting out*).[156] Mede gelet hierop past de bestudering van de juridische positie van semipublieke instellingen bij uitstek in het onderzoeksprogramma *Public Contracts: Law and Governance*.

1.9 Opzet van dit boek

In het hoofdstuk na deze inleiding wordt ingegaan op de bevoegdheid van de bestuursrechter, de toepasselijkheid van de materiële normen van de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hoofdstuk 2). Dit hoofdstuk gaat voor een belangrijk deel over de vraag in hoeverre semipublieke instellingen kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Voorts wordt ingegaan op de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op semipublieke instellingen die *niet* als bestuursorgaan in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt (§ 2.3).

154 In § 1.3.1 is reeds dieper ingegaan op de betekenis die de governancebenadering van het recht heeft voor het onderhavige onderzoek.

155 Zie reeds § 1.3.2.

156 Zie Burns 1998; Murray & Stacey (losbl.), §18.3(f); Quinot 2009.

In de navolgende hoofdstukken wordt geanalyseerd hoe naar geldend recht in andere wetgeving en jurisprudentie, met het oog op het toepasselijke recht, onderscheid wordt gemaakt tussen de overheid enerzijds en particuliere instellingen anderzijds. Het gaat hier om wetgeving die specifieke overheidsactiviteiten reguleert of waarvan de toepassing is beperkt tot de overheid. Aan de orde komen de Wet Nationale ombudsman (hoofdstuk 3), de Archiefwet 1995 (hoofdstuk 4), de Wet openbaarheid van bestuur (hoofdstuk 5), de Algemene wet gelijke behandeling (hoofdstuk 6), de Ambtenarenwet (hoofdstuk 7), de Auteurswet (hoofdstuk 8) en de Comptabiliteitswet 2001 (hoofdstuk 9). Vervolgens wordt in hoofdstuk 10 nagegaan hoe het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt met het oog op de toepasselijkheid van de grondrechten (Grondwet en EVRM). In dit hoofdstuk wordt ook ingegaan op de vraag in hoeverre de grondrechten van toepassing kunnen zijn op semipublieke instellingen die *niet* tot de overheid kunnen worden gerekend. Dit betreft de vraag naar de horizontale werking van grondrechten (§ 10.2.3 en § 10.3.3). Daarna komen de regels van Europeesrechtelijke origine aan de orde: het aanbestedingsrecht (hoofdstuk 11), het mededingingsrecht (hoofdstuk 12) en de toepassing van rechtstreekswerkende richtlijnen (hoofdstuk 13).

In hoofdstuk 14 vindt de rechtsvergelijking met Zuid-Afrika plaats. Daarin wordt beschreven en geanalyseerd hoe in het Zuid-Afrikaanse recht antwoord wordt gegeven op de vragen naar het toepasselijke recht en de toegang tot de rechter met betrekking tot semipublieke instellingen. Dit vormt de basis waarop vervolgens het Zuid-Afrikaanse recht met het Nederlandse recht wordt vergeleken. Nagegaan wordt welke overeenkomsten en verschillen er zijn tussen beide landen en welke mogelijke verklaringen daarvoor gegeven kunnen worden.[157]

Het onderzoek wordt in hoofdstuk 15 afgesloten met een slotbeschouwing. Deze slotbeschouwing bevat een afsluitende reflectie op de inzichten die het onderzoek naar de juridische positie van semipublieke instellingen heeft opgeleverd. Aan de hand van de analyse die in de voorgaande hoofdstukken heeft plaatsgevonden, worden enkele overkoepelende bevindingen geformuleerd. Tegen de achtergrond daarvan worden vervolgens enkele aanbevelingen gedaan aan zowel de wetgever als de rechter die met name betrekking hebben op de normering van semipublieke instellingen. Ten slotte worden enige suggesties gedaan voor vervolgonderzoek, waarbij op het onderhavige onderzoek kan worden voortgebouwd.

De slotbeschouwing bevat tevens een tabel waarin schematisch is samengevat in hoeverre semipublieke instellingen publiekrechtelijk worden genormeerd en in hoeverre hun handelen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming (§ 15.2.4). Deze tabel verwijst naar de hoofdstukken waarin de verschillende onderdelen van dit onderzoek nader worden uitgewerkt en de tabel kan zodoende worden gebruikt als vertrekpunt om kennis te nemen van de bevindingen van dit onderzoek.

157 Zie voor de verschillende stappen waaruit een rechtsvergelijkend onderzoek bestaat: Oderkerk 1999, p. 6, voetnoot 16.

1.10 Ten slotte

Dit onderzoek is afgesloten op 31 december 2013. Regelgeving, literatuur en rechtspraak die vóór 1 januari 2014 is gepubliceerd, is zo veel mogelijk verwerkt. Daarnaast zijn ook, zij het sporadisch, enkele van na die datum gepubliceerde bronnen in dit onderzoek meegenomen.

Hoofdstuk 2 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming, materiële normen Algemene wet bestuursrecht en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de materiële normen van de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Daarnaast komt de vraag aan de orde in hoeverre het handelen van semipublieke instellingen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Deze twee vragen worden in dit hoofdstuk bewust samengenomen, omdat zij in sterke mate met elkaar zijn verknoopt. De beantwoording van deze vragen is namelijk in beginsel afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre een semipublieke instelling als *bestuursorgaan* in de zin van artikel 1:1 Awb kan worden aangemerkt. De materiële rechtsnormen van de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn namelijk in ieder geval van toepassing op bestuursorganen. Daarnaast is de bestuursrechter in beginsel bevoegd om kennis te nemen van door bestuursorganen genomen besluiten (art. 8:1 Awb jo art. 1:3 Awb). In paragraaf 2.2 wordt ingegaan op de vraag in hoeverre semipublieke instellingen kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. De (vervolg)vraag dringt zich op in hoeverre ook semipublieke instellingen die *niet* kunnen worden beschouwd als bestuursorgaan gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die vraag komt aan de orde in paragraaf 2.3. Vervolgens wordt, bij wijze van terugkerend voorbeeld, van zowel woningcorporaties als ProRail nagegaan in hoeverre zij aan de materiële normen van de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gebonden en in hoeverre tegen hun handelen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat (§ 2.4). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 2.5).

2.2 Bestuursorgaan (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb)

2.2.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre semipublieke instellingen kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, is het antwoord op die vraag vanwege een

aantal redenen van belang. In de eerste plaats in verband met de toegang tot de bestuursrechter (bestuursrechtelijke rechtsbescherming). Op grond van artikel 8:1 Awb is de bestuursrechter bevoegd kennis te nemen van besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Besluiten kunnen alleen genomen worden door bestuursorganen. Kortom, de bestuursrechter is in beginsel bevoegd kennis te nemen van besluiten van bestuursorganen (art. 8:1 Awb jo art. 1:3 Awb).

In de tweede plaats zijn bestuursorganen gebonden aan de materiële rechtsnormen van de Awb. De toepasselijkheid van de Awb-normen op bestuursorganen is gedifferentieerd. Zo zijn de regels van hoofdstuk 2 Awb steeds onverkort van toepassing op bestuursorganen. De normen van hoofdstuk 4 gelden echter alleen voor beschikkingen. De in hoofdstuk 3 neergelegde normen gelden alleen voor besluiten (art. 1:3 Awb), doch slechts in beperkte mate voor algemeen verbindende voorschriften (art. 3:1 lid 1 Awb). Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de normen van afdeling 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet, zo volgt uit artikel 3:1 lid 2 Awb. De vraag rijst welke betekenis toekomt aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die geen codificatie hebben gekregen in de Awb. Aangenomen moet worden dat ook die (ongeschreven) beginselen van toepassing zijn op bestuursorganen. Daarvoor kunnen aanknopingspunten gevonden worden in de parlementaire geschiedenis van de Eerste Tranche Awb. De memorie van toelichting vermeldt:

> 'De mogelijkheid blijft echter bestaan dat de rechter een bepaald bestuurshandelen in strijd met het recht zal oordelen zonder dat hij daarbij kan aansluiten bij een in de Awb gecodificeerde regel. Hij zal zich dan (...) kunnen beroepen op een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur of een ander rechtsbeginsel.'[1]

Daarnaast kan uit deze passage worden afgeleid dat ook de ongeschreven beginselen die wel een codificatie in de Awb hebben gekregen gewoon blijven gelden. Dit betekent dat wanneer het ongeschreven beginsel verder gaat dan de gecodificeerde regel, het ongeschreven beginsel moet worden toegepast.[2]

Ten slotte is het bestuursorgaanbegrip niet alleen van betekenis binnen de context van de Awb, maar ook daarbuiten. Het bestuursorgaanbegrip heeft een harmoniserende werking voor wat betreft het in wetgeving hanteren van overheidsbegrippen. Vanuit de harmonisatiegedachte van de Awb is artikel 1:1 lid 1 Awb bij Nota van Wijziging zo geformuleerd dat het bestuursorgaanbegrip een *algemene gelding* heeft en ook van betekenis is buiten de Awb. Dit houdt in dat wanneer in een bijzondere wet het begrip bestuursorgaan wordt gebruikt, dit begrip de betekenis heeft die de Awb daaraan geeft.[3]

1 *PG Awb I*, p. 22.
2 Nicolaï 1990, p. 537-538.
3 *PG Awb I*, p. 136 r.k; Zie ook *Kamerstukken II* 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 8, p. 10-11.

Artikel 1:1 lid 1 Awb bepaalt dat onder een bestuursorgaan wordt verstaan:

a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld,
of
b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

De Awb maakt derhalve een onderscheid tussen twee soorten bestuursorganen. Ten eerste zijn er de onder a genoemde klassieke bestuursorganen (ook wel a-organen genoemd), die hun hoedanigheid ontlenen aan een *formeel* (of: organisatorisch) criterium, namelijk het krachtens publiekrecht ingesteld zijn.[4] Het gaat hier om organen van publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 2:1 BW, zoals organen van de Staat, gemeenten en provincies.[5] Ten tweede zijn er de zogenaamde b-organen, die gedefinieerd worden aan de hand van een *materieel* criterium. Bepalend is het bekleed zijn met enig openbaar gezag. Vanwege hun privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid kunnen semipublieke instellingen geen a-orgaan zijn. Wel kan een semipublieke instelling een b-orgaan zijn voor zover zij met enig openbaar gezag is bekleed.[6]

In deze paragraaf wordt dieper ingegaan op de betekenis van het bestuursorgaanbegrip zoals neergelegd in artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Deze bepaling definieert een bestuursorgaan als een persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. Ten eerste wordt ingegaan op de vraag wat wordt bedoeld met de woorden 'een persoon of college' (§ 2.2.2). Vervolgens komt uitgebreid aan de orde wat de betekenis is van het criterium 'met enig openbaar gezag bekleed'. Waarom is bij dit criterium aansluiting gezocht (§ 2.2.3)? Wat houdt het criterium in (§ 2.2.4) en op welke manieren kan openbaar gezag worden verkregen (§ 2.2.5)? Staat eenmaal vast dat een private rechtspersoon met openbaar gezag is bekleed, dan rijst de vraag of hij als zodanig bestuursorgaan is, of alleen *voor zover* hij met openbaar gezag is bekleed. Die vraag wordt beantwoord in paragraaf 2.2.6. Ten slotte komt de vraag aan de orde wat nu eigenlijk precies als bestuursorgaan wordt

4 Het concept van de a-organen maakte geen deel uit van het oorspronkelijke wetsvoorstel van de eerste tranche van de Awb. In eerste instantie werd alleen aangeknoopt bij het criterium openbaar gezag. Dit bleek niet toereikend. De beperking tot openbaar gezag bracht namelijk twee problemen met zich. In de eerste plaats zorgde het ervoor dat instellingen die zijn opgericht om werkzaam te zijn in het openbaar bestuur, maar die geen openbaar gezag uitoefenen, geen bestuursorgaan zijn. Ten tweede rees het probleem dat de privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen van instellingen die met openbaar gezag zijn bekleed, buiten het bereik van de Awb vielen. De Awb had echter de bedoeling dat ook het besturen door middel van privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen bestreken werd door de Awb. Daarom besloot de regering bij nota van wijziging de definitie van het begrip bestuursorgaan niet te beperken tot personen en colleges die met openbaar gezag zijn bekleed, maar uit te breiden tot organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Zie *PG Awb I*, p. 135-136. Zie hierover Zijlstra 2009, p. 46; Bense & Zijlstra 1994, 253-254.

5 *PG Awb I*, p. 138; Zijlstra 2009, p. 46-48; Ten Berge & Zijlstra 2000, p. 33 e.v.

6 Zie Zijlstra 2008, p. 14; Zijlstra 2009, p. 48. Zie echter Rb. Rotterdam 3 januari 2005, *AB* 2005, 244 (m.nt. Peters) waarin de rechtbank concludeert dat de Nederlandsche Bank NV een a-orgaan is. De Afdeling komt in hoger beroep echter tot de conclusie dat DNB een b-orgaan is. ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, 21 (m.nt. Peters). Vergelijk ook Bense & Zijlstra 1994, p. 254-255.

beschouwd: de privaatrechtelijke rechtspersoon of een orgaan daarvan, zoals het bestuur (§ 2.2.7).

2.2.2 *Een persoon of college*

De woorden 'een persoon of college' hebben geen onderscheidende betekenis. Zij hebben betrekking op iedere entiteit, waaronder natuurlijke personen en (organen van) privaatrechtelijke rechtspersonen.[7] Een voorbeeld van een natuurlijke persoon is de verkeersregelaar die is aangesteld om ten behoeve van één evenement of ten behoeve van meerdere evenementen eenvoudige verkeersregelende taken te verrichten (de 'klaar-over').[8] Gelet op het onderwerp van dit onderzoek, semipublieke instellingen, ligt de focus op privaatrechtelijke rechtspersonen. Daarbij rijst wel de vraag wat nu eigenlijk precies als bestuursorgaan wordt beschouwd: de privaatrechtelijke rechtspersoon of een orgaan daarvan. Die vraag komt aan de orde in paragraaf 2.2.7.

2.2.3 *De keuze voor het criterium openbaar gezag*

B-organen zijn personen of colleges die *met enig openbaar gezag bekleed* zijn. De regering heeft met het criterium 'openbaar gezag' beoogd aansluiting te zoeken bij het begrip *administratief orgaan* zoals dat werd gedefinieerd in de Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet AROB), de voorganger van de Awb.[9] Dit lag volgens de regering voor de hand, omdat het begrip een zeer ruim geldingsbereik heeft. Bovendien heeft het als voordeel 'dat op hoofdpunten niet wordt afgeweken van een begrip dat al ingang heeft gevonden en dat blijkens de jurisprudentie niet tot veel vragen aanleiding heeft gegeven.'[10] Hoewel men dat niet zou verwachten, blijft evenwel de vraag onbeantwoord waarom de regering het criterium 'openbaar gezag' geschikt acht in het licht van de specifieke functies die het bestuursorgaanbegrip in de context van de Awb vervult. Die vraag dringt zich op, omdat het criterium openbaar gezag in de Wet AROB een beperktere functie vervulde dan in de Awb. In de Wet AROB had het begrip administratief orgaan primair als functie om de rechtsingang bij de bestuursrechter af te bakenen,[11]

---

7 Zijlstra 2008, p. 14; Zijlstra 2009, p. 48. Damen is overigens van oordeel dat *natuurlijke* personen geen bestuursorgaan kunnen zijn: 'Het is niet de natuurlijke persoon die met openbaar gezag wordt bekleed, maar door de toekenning van openbaar gezag ontstaat een nieuw ambt, een nieuw bestuursorgaan, dat wordt bemenst door een natuurlijke persoon.' Damen 2007, p. 28; Damen 1995, p. 798. Zie in deze zin ook de opmerking van de leden van de SGP-fractie tijdens de parlementaire behandeling. *PG Awb I*, p. 135. De regering laat echter de mogelijkheid open dat ook natuurlijke personen bestuursorgaan kunnen zijn. *PG Awb I*, p. 136.

8 Artikel 2 aanhef en onder c van de Regeling Verkeersregelaars 2009, *Stcrt.* 2009, 30. Voorbeeld ontleend aan Zijlstra 2009, p. 48.

9 *PG Awb I*, p. 132, p. 136 en p. 143.

10 *PG Awb I*, p. 132.

11 In het verlengde daarvan had het begrip administratief orgaan ook wel enige betekenis voor de toepasselijke normen. In de Wet AROB zijn namelijk als beroepsgronden opgenomen de strijd met een algemeen verbindend voorschrift, het verbod van *détournement de pouvoir*, het

terwijl in de Awb het bestuursorgaanbegrip daarnaast ook dient ter afbakening van de toepasselijke materiële rechtsnormen van de Awb.

2.2.4 Openbaar gezag

2.2.4.1 Inleiding

De vraag is wat precies wordt verstaan onder (een persoon of college) 'met enig openbaar gezag bekleed' in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. In deze paragraaf wordt dieper ingegaan op de betekenis van het criterium openbaar gezag in de Awb.

2.2.4.2 Overheidstaak en publiekrechtelijke bevoegdheid

Parlementaire geschiedenis

Zoals gezegd zoekt de regering voor de invulling van het criterium 'met enig openbaar gezag bekleed' expliciet aansluiting bij de Wet AROB.[12] De Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (Commissie Scheltema) is van oordeel dat openbaar gezag in de zin van artikel 1 Wet AROB 'betekent dat het moet gaan om een orgaan met een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten.'[13] Blijkens de memorie van toelichting van de eerste tranche Awb wordt deze definitie door de regering overgenomen. Het bekleed zijn met openbaar gezag wordt aldus vereenzelvigd met het bekleed zijn met een publiekrechtelijke bevoegdheid.[14] Even verderop in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat sprake is van openbaar gezag als aan een orgaan een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.[15] Als voorbeeld wordt in de nota naar aanleiding van het eindverslag genoemd: de aan

willekeurverbod en het enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur (art. 8 Wet AROB).

12 In de Wet AROB wordt het begrip administratief orgaan gedefinieerd aan de hand van het criterium 'met enig openbaar gezag bekleed'. De definitie in de Wet AROB van het begrip administratief orgaan sluit weer aan op de definitie in de Wet Beroep administratieve beschikkingen (Wet BAB). Ook de door de Wet BAB gehanteerde definitie van administratief orgaan is terug te voeren op eerdere bronnen. Reeds in de ontwerpen-Loeff (1905) wordt (nagenoeg) dezelfde definitie van het begrip administratief orgaan gehanteerd als in de Wet BAB. Het begrip dient steeds primair ter afbakening van de toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Zie over het criterium 'openbaar gezag' in de Wet AROB: Steenbeek/Stroink 1988; Michiels 1987, p. 64-67; Goorden 1990, p. 165-178; Beers 1987, p. 13-15. Zie over 'openbaar gezag' in de Wet BAB: Kan & Van Maarseveen (*Jurisprudentie - administratief orgaan*); Kan & Van Maarseveen (*Commentaar de Wet b.a.b.*); Steenbeek 1965; Stellinga 1971, p. 180-184; Stellinga 1974, p. 327-329; Stellinga 1976, p. 280-281; Goorden 1990, p. 161-164. Zie voor 'openbaar gezag' in de ontwerpen-Loeff: Ontwerp I: Wetboek van Administratieve Rechtsvordering (gepubliceerd in: *Wettelijke Maatregelen tot regeling der Administratieve Rechtspraak. Wetsontwerpen en Toelichtende Memoriën*, Den Haag: Belinfante 1905).

13 Commissie Scheltema 1987, p. 36.

14 *PG Awb I*, p. 133.

15 *PG Awb I*, p. 133.

een orgaan toegekende bevoegdheid beschikkingen te nemen.[16] Dit betekent dat de parlementaire geschiedenis twee definities hanteert voor het begrip bekleed zijn met openbaar gezag. In de eerste definitie is alleen al de aanwezigheid van een publiekrechtelijke bevoegdheid voldoende. De tweede definitie kent twee elementen: (1) een of meer opgedragen overheidstaken en (2) de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden. De vraag rijst of het toegerust zijn met een overheidstaak wel toegevoegde waarde heeft. Gaat het eigenlijk niet gewoon om het al dan niet aanwezig zijn van een publiekrechtelijke bevoegdheid?[17] De parlementaire geschiedenis biedt aanknopingspunten voor een bevestigend antwoord. De regering geeft namelijk aan dat organen van privaatrechtelijke rechtspersonen slechts zijn aan te merken als bestuursorganen 'in de gevallen waarin zij hun publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen.'[18] Wat is dan nog de toegevoegde waarde van de overheidstaak? Hieronder wordt nagegaan hoe de rechter hiermee omgaat.

Rechtspraak

Een voorbeeld waarin de rechter zowel aandacht besteedt aan de overheidstaak als aan de publiekrechtelijke bevoegdheid, is een uitspraak van de Afdeling inzake De Nederlandsche Bank N.V. (DNB).[19] Bepalend voor de beantwoording van de vraag of DNB als b-orgaan kan worden aangemerkt is, aldus de Afdeling, of aan DNB een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. De Afdeling constateert dat aan DNB een overheidstaak is opgedragen en dat DNB beschikt over de voor die overheidstaak benodigde bevoegdheden.

> 'Bepalend voor de beantwoording van de vraag of De Nederlandsche Bank NV kan worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb, is of haar één of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.
> De Nederlandsche Bank NV is sinds 1814, met uitsluiting van ieder ander, gerechtigd tot het uitgeven van bankbiljetten die de hoedanigheid van wettig betaalmiddel hebben, hetgeen thans is neergelegd in art. 106 lid 1 EG-verdrag, gelezen in samenhang met art. 6 Bankwet 1998. Het uitgeven van bankbiljetten die de hoedanigheid van wettig betaalmiddel hebben, is aan te merken als een overheidstaak. Gelet hierop, is de omwisseling van guldenbiljetten in euro's dan wel de weigering daarvan op grond van het besluit evenzeer een overheidstaak. De Nederlandsche Bank NV heeft, gelet

16 *PG Awb I*, p. 138. Ook regeringscommissaris Scheltema wijst er tweemaal op dat het nemen van besluiten, met name beschikkingen, de uitoefening van openbaar gezag inhoudt. Wanneer aan de organen van privaatrechtelijke rechtspersonen de bevoegdheid is gegeven om beschikkingen te nemen, is die privaatrechtelijke rechtspersoon een bestuursorgaan. Zie *PG Awb I*, p. 143-144. Hierbij zij opgemerkt dat het nemen van beschikkingen weliswaar openbaar gezag impliceert, maar dat het omkeerde niet opgaat: openbaar gezag impliceert niet per definitie de bevoegdheid tot het nemen van beschikkingen. Zie reeds Steenbeek/Stroink 1988, p. 55.

17 Zie Zijlstra 2008, p. 16-18.

18 *PG Awb I*, p. 133.

19 ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, 21 (m.nt. Peters; *JB* 2006, 7, m.nt. F.A.M.S).

op het op art. 27 lid 3 Bankwet 1998 gebaseerde besluit, de beschikking over de voor die overheidstaak benodigde bevoegdheden.
Munten met de hoedanigheid van wettig betaalmiddel worden uitsluitend in opdracht van de Staat der Nederlanden vervaardigd en uitsluitend door de Staat der Nederlanden uitgegeven, hetgeen thans is neergelegd in art. 11 van de verordening, gelezen in samenhang met de art. 2 en 6 lid 1 Muntwet 2002. Het uitgeven van munten die de hoedanigheid van wettig betaalmiddel hebben, is evenzeer aan te merken als een overheidstaak. Gelet hierop, betreft de omwisseling van guldenmunten in euro's op grond van de regeling eveneens een overheidstaak. Hoewel De Nederlandse Munt NV het Nederlandse muntgeld vervaardigt, is op het gebied van de verwisseling van guldenmunten in euromunten De Nederlandsche Bank NV in het besluit van 23 januari 1998, zoals gewijzigd bij besluit van 30 augustus 1999, de taak toegekend om de munten luidend in guldens, voorzover het betreft de munten genoemd in art. 2 lid 2 Muntwet 1987, te verwisselen voor munten in euro's en is haar in de gegeling de voor de uitoefening van de overheidstaak benodigde bevoegdheid toegekend. Na 1 januari 2003 is dit een exclusieve bevoegdheid van De Nederlandsche Bank NV geworden.
Gelet op het vorenoverwogene, is De Nederlandsche Bank NV wat betreft de in deze zaak aan de orde zijnde besluiten omtrent de omwisseling van guldenbiljetten en -munten – inclusief de weigering daarvan – een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb.'

De vraag rijst wat de toegevoegde waarde is van de overheidstaak.[20] Gaat het uiteindelijk niet gewoon om de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid? Uit de rechtspraak komt inderdaad het beeld naar voren dat het beschikken over een publiekrechtelijke bevoegdheid (uiteindelijk) bepalend is voor het bekleed zijn met openbaar gezag. Gewezen kan worden op een Afdelingsuitspraak waarin de vraag centraal staat of een deurwaarder openbaar gezag uitoefent wanneer hij door middel van beslaglegging overgaat tot tenuitvoerlegging van een vonnis. De Afdeling oordeelt dat de wet aan de deurwaarder specifieke taken toebedeelt die gerelateerd zijn aan de uitoefening van openbaar gezag. Maar dat wil nog niet zeggen dat ook de beslaglegging zelf de uitoefening van openbaar gezag inhoudt. De Afdeling meent van niet, omdat de bevoegdheid daartoe is geregeld in het burgerlijk recht.[21] Voorts kan worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling van 20 juni 2007.[22] Deze uitspraak betreft enkele brieven van Agis zorgverzekeringen U.A. waarin zij aan het Medisch Centrum boerhaave B.V. meedeelt dat zij geen overeenkomst met het Medisch Centrum kan sluiten, omdat het niet beschikt over een vergunning voor een zelfstandig behandelcentrum. De vraag

20 Zie Zijlstra 2008, p. 18.

21 ABRvS 8 augustus 2001, *AB* 2002, 51 (m.nt. SZ; *JB* 2001, 216, m.nt. Peters). Zie ook ABRvS 16 mei 2000, *JB* 2000, 182, waarin de Afdeling oordeelt dat een zuivelfabriek op grond van de Landbouwkwaliteitsverordening 1994 weliswaar bepaalde taken zijn toebedeeld, maar dat in casu geen sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Zijlstra 2008, p. 18 wijst nog op ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 231 (*Stichting De Thuiskopie*; m.nt. Peters; *JB* 2006, 174).

22 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7617.

is of de mededeling in de brieven de uitoefening van openbaar gezag inhoudt. De Afdeling oordeelt dat voor het bestaan van openbaar gezag bepalend is of sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid ter vervulling van een overheidstaak. De overheidstaak wordt door de Afdeling buiten beschouwing gelaten. De Afdeling oordeelt dat het 'sluiten van een overeenkomst als bedoeld in artikel 44, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 47, tweede lid, van de Ziekenfondswet, dan wel het weigeren een dergelijke overeenkomst te sluiten (...) niet een uitoefening [behelst van] een publiekrechtelijke bevoegdheid, maar de verrichting van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Dat de Ziekenfondswet in hoofdstuk IV voorziet in een regeling tot het sluiten van dergelijke overeenkomsten, maakt dit niet anders.'[23] Voorts is er rechtspraak aan te wijzen waarin de overheidstaak helemaal geen rol lijkt te spelen. Zo overweegt de CRvB in de zaak *Argonaut*, dat voor de aanwezigheid van enig openbaar gezag is 'vereist dat het gaat om een orgaan met een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het – eenzijdig – bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten.'[24] Voor het aannemen van openbaar gezag is dus bepalend of sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.[25]

De vraag rijst welke betekenis nog kan toekomen aan de overheidstaak. Soms oordeelt de rechter dat reeds vanwege het ontbreken van een overheidstaak, geen sprake is van openbaar gezag. Zo oordeelde het CBb dat energiedistributeur Nuon NV geen b-orgaan is, omdat uit de parlementaire geschiedenis niet is af te leiden dat de wetgever energiedistributeurs via de wet heeft willen belasten met de uitvoering van een overheidstaak.[26] Dus als een overheidstaak *ontbreekt*, is zeker *geen* sprake van openbaar gezag. Hieruit volgt dat toch nog wel een zekere zelfstandige betekenis toekomt aan de overheidstaak.[27]

---

23 Vergelijk CBb 1 augustus 2000, *AB* 2000, 388 (m.nt. JHvdV; *JB* 2000, 281).

24 CRvB 31 maart 2006, *AB* 2006, 424 (m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Dijvenvoorde; *JB* 2006, 132, m.nt. NV). Zie ook ABRvS 18 juni 1998, *AB* 1999, 116 (m.nt. MSV; *JB* 1998, 183); ABRvS 16 mei 2000, *JB* 2001, 182; ABRvS 17 oktober 2000, *AB* 2001, 246 (m.nt. Nijmeijer; *JB* 2000, 329); ABRvS 5 april 2001, *JB* 2001, 130; ABRvS 20 maart 2002, *AB* 2003, 8 (m.nt. GvB; *JB* 2002, 122, m.nt. MP); ABRvS 26 november 2003, *JB* 2004, 100 (m.nt. Timmermans); ABRvS 20 april 2005, *JB* 2005, 169 (m.nt. Peters); CRvB 8 april 2004, *JB* 2004, 221 (m.nt. Van Eijs); CRvB 3 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC1745; CBb 4 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8311.

25 Een uitzonderlijke uitspraak betreft echter ABRvS 9 januari 2002, *JB* 2002, 84 (m.nt. Peters), waarin de Afdeling de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Bouwnijverheid wat betreft de toepassing van een vrijstellingsregeling als bestuursorgaan aanmerkt omdat de toepassing van de vrijstellingsregeling een *overheidstaak* betreft die bij wet aan het pensioenfonds is opgedragen.

26 CBb 2 april 2003, *AB* 2004, 162 (m.nt. GC) en CBb 16 januari 2004, *AB* 2004, 101 (m.nt. JHvdV). Zie ook ABRvS 28 september 2005, *JB* 2005, 304; ABRvS 1 november 2006, *JB* 2006, 324 (m.nt. M.O-V) waarin de Afdeling oordeelt dat de bestuurder van de stichting 'Stichting Archief van het Huis Oranje-Nassau' bij het uitoefenen van die functie dan wel bij het beheer van het Koninklijk Huisarchief geen overheidstaak vervult. Ook wanneer uitsluitend 'ondersteunende taken' zijn opgedragen is dat onvoldoende voor openbaar gezag, aldus ABRvS 6 juni 2007, *AB* 2008, 143 (m.nt. Peters; *JB* 2007, 145).

27 Zie ook CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257 (m.nt. N. Jak & E. Steyger; *JB* 2009, 140, m.nt. Peters).

2.2.4.3 Het (eenzijdig) bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten

Inleiding
Niet alleen moet het gaan om een publiekrechtelijke bevoegdheid, maar om een publiekrechtelijke bevoegdheid *tot het bepalen van de rechtspositie (rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten*. Dit duidt erop dat in ieder geval sprake moet zijn van de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke *rechtshandeling*.[28] De vraag rijst of ook publiekrechtelijke bevoegdheden tot *feitelijk handelen* openbaar gezag kunnen inhouden. Een andere vraag die de aandacht vraagt is of openbaar gezag beperkt is tot het *eenzijdig* bepalen van de rechtspositie van rechtssubjecten, of dat openbaar gezag zich ook uitstrekt tot meerzijdige rechtshandelingen. Hieronder wordt dieper op deze aspecten ingegaan.

Rechtshandeling
Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat in ieder geval sprake is van openbaar gezag als de publiekrechtelijke bevoegdheid bestaat tot publiekrechtelijk *rechtshandelen*. Zo overwoog de Afdeling ten aanzien van ID-Lelystad, Instituut voor Dierhouderij en Diergezondheid B.V., dat voor het zijn van bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb is 'vereist dat aan ID-Lelystad een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling is toegekend. Niet is gebleken dat aan ID-Lelystad op het gebied van de vaststelling en bestrijding van mond- en klauwzeer bevoegdheden zijn toegekend die uitmonden in de uitoefening van openbaar gezag, dat wil zeggen het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling.'[29] In wezen gaat het dus om het element 'rechtshandeling' uit het besluitbegrip in artikel 1:3 lid 1 Awb. Dit artikel luidt: 'Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke *rechtshandeling* [curs. NJ].' Met de term 'rechtshandeling' in artikel 1:3 lid 1 Awb heeft de Awb-wetgever aansluiting gezocht bij de begripsvorming daaromtrent in het BW.[30]

Een rechtshandeling is gericht op het tot stand brengen van rechtsgevolgen; ze is erop gericht verandering te brengen in de bestaande rechten en plichten van rechtssubjecten. Daarbij moet worden opgemerkt dat in het bestuursrecht algemeen aanvaard is dat bij de vaststelling van de rechtsgevolgen niet zozeer de *subjectieve wil* van het bestuursorgaan bepalend is, maar de *objectieve strekking* van de handeling.[31] Een dergelijke objectivering van de wil ligt in de rede, alleen al vanwege het feit dat de subjectieve bedoelingen van een collectief bestuursorgaan eigenlijk niet kunnen worden vastgesteld. Hetzelfde geldt voor het bepalen van de

28 Zie Zijlstra 2009, p. 48.

29 ABRvS 26 november 2003, *JB* 2004, 100 (m.nt. Timmermans; *AB* 2004, 227, m.nt. Peters). Zie ook ABRvS 18 juni 1998, *AB* 1999, 116 (m.nt. MSV; *JB* 1998, 183). Zie ook ABRvS 13 november 2002, *AB* 2003, 114 (m.nt. NV; *JB* 2003, 14, m.nt. Peters).

30 *PG Awb I*, p. 154 r.k.

31 Zie hierover Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2011, p. 155; Van Ommeren & Van der Veen 1999, p. 25-26; Verheij & Lubberdink 1996, p. 91. Overigens zijn ook in het privaatrecht voorstellen gedaan tot objectivering van het wilsbegrip. Zie daarover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/[3 en 130].

wil van (het meerhoofdige bestuur van) een private rechtspersoon met openbaar gezag.[32]

Rechtshandelingen hebben niet alleen de rechtsgevolgen waarop zij zijn gericht, maar kunnen meer rechtsgevolgen hebben. Het kan zijn dat uit de aard van de handeling, uit de wet of het ongeschreven recht rechtsgevolgen voortvloeien waarop die rechtshandeling als zodanig niet is gericht.[33] Ten aanzien van de vaststelling van openbaar gezag is vereist dat de rechtshandeling *zelfstandig* op rechtsgevolg is gericht. Indien de rechtsgevolgen rechtstreeks uit de wet voorvloeien en de handeling niet zelfstandig op die rechtsgevolgen is gericht, kan niet worden gesproken van een rechtshandeling.[34] Een voorbeeld van dit laatste is te vinden in een uitspraak van de Afdeling over de Specialisten registratie commissie (SRC) van de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde.[35] In casu ligt de vraag voor of de SRC, bij het nemen van beslissingen omtrent inschrijving in het specialistenregister, openbaar gezag uitoefent. De Afdeling oordeelt negatief en overweegt onder andere:

> 'Het betoog van appellant dat de SRC door het niet inschrijven in het specialistenregister zijn rechtspositie eenzijdig bindend heeft bepaald, omdat inschrijving aanspraak gaf op hogere vergoedingen voor tandheelkundige en orthodontische behandelingen, dan een reguliere tandarts daarvoor in rekening zou mogen en kunnen brengen, treft geen doel. Aan inschrijving in het specialistenregister of het achterwege laten daarvan zijn weliswaar ingevolge de Wet tarieven gezondheidszorg en het Verstrekkingenbeluit Ziekenfondsverzekering gevolgen verbonden, maar op het intreden van die gevolgen is de registratiebeslissing niet gericht. Dat ook niet-leden van de NMT uitsluitend konden worden ingeschreven in het register door daartoe bij het SRC een verzoek in te dienen, maakt dit niet anders.'

Weliswaar verbindt de wet rechtsgevolgen aan de inschrijving in het specialistenregister, maar de inschrijving is niet *zelfstandig* op die rechtsgevolgen gericht.[36] Een vergelijkbare situatie doet zich voor in een uitspraak van het CBb over de Stichting Gemeenschappelijke Personeelsdienst Wegvervoer te Gouda.[37] Deze zaak gaat over het in artikel 14 lid 1 Wet goederenvervoer over de weg (WGW)

---

32 Zie Steenbeek 1958, p. 16-17 en p. 32-34.

33 Van Ommeren & Van der Veen 1999, p. 26.

34 Van Ommeren & Van der Veen 1999, p. 26. Zijlstra 2008, p. 19-20, legt dit in iets andere bewoordingen uit. Volgens hem is sprake van een op rechtsgevolg gerichte handeling, wanneer de handeling alleen betekenis heeft in de wettelijke context waarin de handeling is geworteld.

35 ABRvS 6 november 2002, *JB* 2003, 6.

36 Dit is wel het geval wanneer de Medisch Specialisten Registratie Commissie (MSRC) van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (KNMG) beslist omtrent de (her)registratie van een specialist in een register. Artikel 4 lid 1 Wet BIG verbindt aan de registratie het rechtsgevolg dat het recht is voorbehouden een medische titel te voeren. De registratiebeslissing is zelfstandig gericht op het rechtsgevolg dat de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) daaraan verbindt. Met andere woorden: de registratiebeslissing heeft alleen betekenis in de context van artikel 4 lid 1 Wet BIG. Zie ABRvS 20 april 2005, *JB* 2005, 169 (m.nt. Peters).

37 CBb 10 januari 1996, *AB* 1996, 258 (m.nt. JHvdV; *JB* 1996, 52).

neergelegde verbod om als vergunninghouder vervoer te verrichten met gebruikmaking van bestuurders van vrachtauto's die niet bij hem in dienstbetrekking zijn. Uit artikel 26 aanhef en onder b Besluit goederenvervoer over de weg (BGW) volgt dat dit verbod niet van toepassing is indien gebruik wordt gemaakt van een werknemer, die door de Stichting Gemeenschappelijke Personeelsdienst Wegvervoer ter beschikking is gesteld en die ten bewijze daarvan een door de Stichting afgegeven verklaring kan tonen. De vraag is nu of de weigering van de Stichting een dergelijke verklaring te verstrekken niet eigenlijk de weigering van een ontheffing van het in artikel 14 lid 1 WGW neergelegde verbod inhoudt, en aldus de uitoefening van openbaar gezag betreft. Het CBb overweegt:

> 'Het college kan in de hiervoor weergegeven bepalingen geen bevoegdheid voor verweerster ontwaren om meer te doen dan verklaringen af te geven ten bewijze van het feit dat bepaalde werknemers door haar ter beschikking worden gesteld. Het afgeven van een dergelijke verklaring is niet aan te merken als het verlenen van een ontheffing aan de inlenende vervoerder. Daartoe is verweerster dan ook niet bevoegd. Het niet van kracht zijn van het in art. 14 eerste lid WGW neergelegde verbod vloeit immers rechtstreeks voort uit het BGW in die gevallen waarin verweerster een werknemer ter beschikking stelt en deze een desbetreffende verklaring meegeeft. Bedoelde verklaring strekt niet tot meer dan bewijs van de status van de betrokken werknemer, te weten die van door verweerster – als krachtens art. 26 aanhef en onder b BGW aangewezen instelling – aan de vervoerder ter beschikking gestelde chauffeur. De beslissing omtrent afgifte van een dergelijke verklaring kan mitsdien niet geacht worden te wortelen in enig openbaar gezag. Verweerster geeft zodanige verklaring derhalve niet af als bestuursorgaan.'

Ook hier vloeien de rechtsgevolgen voort uit een wettelijk voorschrift (de BGW), maar de beslissing omtrent afgifte van een verklaring is daarop niet zelfstandig gericht. De verklaring strekt niet tot meer dan bewijs van de status van de betrokken werknemer. Dit is anders in een zaak over de verstrekking door de N.V. Nederlandse Spoorwegen (NS) van een legitimatiebewijs voor gehandicapten. Volgens artikel 70, eerste lid, van de Wet personenvervoer 2000 is het verboden zonder hiervoor geldig vervoerbewijs gebruik te maken van het openbaar vervoer. In artikel 45, eerste lid, aanhef en onder b, van het Besluit personenvervoer 2000 is bepaald dat het verbod, bedoeld in artikel 70, eerste lid, van de Wet niet van toepassing is op één persoon van ten minste twaalf jaar oud en één hond die een persoon begeleidt die is voorzien van een legitimatiebewijs voor gehandicapten. De vraag is of de verstrekking van een dergelijk legitimatiebewijs de uitoefening van openbaar gezag inhoudt. Het CBb oordeelt:

> 'Uit artikel 45 van het Besluit juncto artikel 70 van de Wet volgt dat degene die bij gebruikmaking van het openbaar vervoer zonder geldig vervoerbewijs een persoon begeleidt aan wie een legitimatiebewijs voor gehandicapten is verstrekt, niet handelt in strijd met het in artikel 70, eerste lid, van de Wet neergelegde verbod. Aldus heeft verstrekking van een zodanig bewijs tot gevolg dat aan degene die deze persoon begeleidt, ontheffing wordt verleend van het verbod om zonder geldig vervoerbewijs

> gebruik te maken van het openbaar vervoer. Het niet van kracht zijn van het in artikel 70 van de Wet neergelegde verbod vloeit derhalve, anders dan in het geval van de door opposante vermelde uitspraak van het College van 10 januari 1996, niet voort uit het Besluit zelf.'

De ontheffing vloeit, aldus het College, niet voort uit het Besluit personenvervoer 2000, maar uit het besluit omtrent verstrekking van het legitimatiebewijs als zodanig.[38] Wat het College hier eigenlijk zegt is dat het Besluit personenvervoer 2000 een rechtsgevolg verbindt aan de verlening van het legitimatiebewijs, op welk rechtsgevolg de verlening zelfstandig is gericht: de verlening zorgt in die zin zelfstandig voor rechtsgevolg.

De vraag naar het al dan niet bestaan van een op rechtsgevolg gerichte handeling deed zich vooral gevoelen ten aanzien van *bijzondere instellingen voor hoger onderwijs*. Het gaat dan in het bijzonder om de vraag of een *beoordelingsbeslissing*, zoals een ongeldigverklaring van een tentamen, de uitoefening van openbaar gezag inhoudt. Of betreft alleen de verklaring dat een *getuigschrift* kan worden afgegeven de uitoefening van openbaar gezag?[39] In een uitspraak uit 2000 oordeelde de Afdeling dat zowel de beoordelingsbeslissingen als de toekenning van getuigschriften als uitoefening van openbaar gezag kunnen worden aangemerkt.[40] In die gevallen handelt de bijzondere instelling als b-orgaan. Voor wat betreft de beoordelingsbeslissingen, is de Afdeling daar later van teruggekomen. In ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2006, 34 (m.nt. Vermeulen; *JB* 2005, 204, m.nt. AMLJ) ging het om de ongeldigverklaring van een tentamen wegens fraude door de examencommissie van de Haagse Hogeschool. De beslissing kan ertoe leiden dat geen of althans nog geen getuigschrift kan worden uitgereikt. Dit betekent volgens de Afdeling niet dat sprake zou zijn van een besluit van de examencommissie tot het weigeren van het toekennen van een getuigschrift. De Afdeling concludeert dat de examencommissie geen openbaar gezag uitoefent. Annotator Vermeulen wijst erop dat deze uitspraak niet spoort met een Afdelingsuitspraak over de commissie opleiding kandidaat-gerechtsdeurwaarders.[41] Wanneer die een beslissing neemt omtrent het al dan niet toelaten van een cursist tot de opleiding tot kandidaat-gerechtsdeurwaarder of omtrent de beoordeling van diens kennen en kunnen moet dat volgens de Afdeling worden beschouwd als de uitoefening van openbaar gezag. Zo'n beslissing leidt er volgens de Afdeling toe 'dat de cursist niet aan de aan het openbaar ambt van (kandidaat-)gerechtsdeurwaarder gestelde wettelijke benoemingsvereisten kan voldoen.' De Afdeling is kennelijk van oordeel dat de beslissing zelfstandig gericht is op het rechtsgevolg dat niet kan worden voldaan aan de wettelijke benoemingsvereisten. In de uitspraak over de examencommissie van de Haagse Hogeschool meent de Afdeling daarentegen kennelijk

38 CBb 14 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO8195. De NS deed in deze zaak dan ook tevergeefs een beroep op de uitspraak inzake de Stichting Gemeenschappelijke Personeelsdienst Wegvervoer.

39 Zie over dit vraagstuk Noorlander 2007, p. 45-51.

40 ABRvS 17 juli 2000, *AB* 2000, 446 (m.nt. Vermeulen; *JB* 2000, 247, m.nt. Derks). Zie ook Huisman & Vermeulen 2004, p. 139-142.

41 ABRvS 12 januari 2005, *AB* 2005, 227 (m.nt. Peters).

dat de ongeldigverklaring niet zelfstandig gericht is op het rechtsgevolg dat geen getuigschrift kan worden verleend.[42] In ABRvS 19 juli 2006, *AB* 2007, 41 (m.nt. Vermeulen; *JB* 2006, 257, m.nt. Peters) oordeelt de Afdeling nog eens principieel dat beoordelingsbeslissingen van bijzondere hoger onderwijsinstellingen *niet* de uitoefening van openbaar gezag betreffen. Voor deze conclusie zoekt de Afdeling aansluiting bij de parlementaire geschiedenis van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) en de Aanpassing onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb, waaruit blijkt dat de Awb alleen van toepassing is op *openbare* instellingen. Een uitzondering wordt gemaakt voor de beslissing van het instellingsbestuur die ertoe strekt dat een getuigschrift kan worden afgegeven. Verschillende onderwijswetten verbinden immers rechtsgevolgen aan het getuigschrift.[43] Derhalve kan worden aangenomen dat het verlenen van een getuigschrift zelfstandig op het intreden van die rechtsgevolgen is gericht.

Feitelijk handelen

De vraag rijst of ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot (zelfstandig)[44] *feitelijk* handelen openbaar gezag inhoudt. In de parlementaire geschiedenis van de eerste tranche Awb wordt openbaar gezag in verband gebracht met de publiekrechtelijke bevoegdheid tot *het bepalen van de rechtspositie (rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten*. Deze bewoordingen lijken te suggereren dat openbaar gezag uitsluitend ziet op publiekrechtelijk rechtshandelen, maar zeker is dat niet.[45] Het is niet uitgesloten dat de wetgever zich destijds geen rekenschap heeft gegeven van de vraag of ook publiekrechtelijk feitelijk handelen openbaar gezag kan inhouden.

De rechtspraak biedt evenmin uitsluitsel over deze vraag. Zoals in de vorige paragraaf duidelijk is geworden, richt de bestuursrechter zich doorgaans uitsluitend op de vraag of een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke *rechtshandeling* is toegekend. Dat kan wellicht worden verklaard in het licht van de wijze waarop de competentie van de bestuursrechter is afgebakend. De bestuursrechter is alleen bevoegd kennis te nemen van Awb-besluiten (art. 8:1 Awb jo art. 1:3 Awb), dat wil zeggen dat zijn bevoegdheid beperkt is tot

42 Vergelijk ook ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 200 (*De laatste kanscommissie*; m.nt. Peters); ABRvS 12 januari 2011, *JB* 2011, 44 (*Stichting Urgentiebepaling Woningzoekenden Rijnmond*; m.nt. Peters); ABRvS 20 maart 2013, *AB* 2013, 145 (*Stichting Urgentiebepaling Woningzoekenden Rijnmond*; m.nt. Peters); ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2013, 226 (*Dierenexperimentencommissie*; m.nt. Peters).

43 Zie Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 165 en *Kamerstukken II* 1999/02, 27 265, nr. 3, p. 4; ABRvS 17 juli 2000, *AB* 2000, 446 (m.nt. BPV).

44 Het gaat hier om zelfstandig feitelijk handelen. Zie over het feitelijk handelen dat wordt verricht *in het kader van (in samenhang met)* de uitoefening van publiekrechtelijke rechtshandelingen § 2.2.6.

45 Aanknopingspunten daarvoor kunnen wellicht ook gevonden worden in de betekenis die de term bevoegdheid doorgaans heeft in het bestuursrecht. Deze term is meestal gereserveerd voor het juridisch vermogen om rechtshandelingen te verrichten. Mag iemand feitelijke handelingen verrichten, wellicht met het gevolg dat andermans rechten of vrijheden worden aangetast, dan wordt doorgaans gesproken over een *recht* daartoe. Anderzijds wordt het recht om feitelijke handelingen te verrichten ook wel gegoten in termen van bevoegdheden, zoals in het kader van bestuursdwang. Zie Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2011, p. 112.

publiekrechtelijke rechtshandelingen. Gelet hierop is de vraag of een private rechtspersoon als bestuursorgaan kan worden aangemerkt, indien hij beschikt over een publiekrechtelijke bevoegdheid tot feitelijk handelen, voor de bestuursrechter geen rechtens relevante vraag.

In de literatuur wordt evenwel aangenomen dat ook publiekrechtelijke bevoegdheden tot feitelijk handelen openbaar gezag impliceren. Volgens Scheltema & Scheltema kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie dat privaatrechtelijke rechtspersonen over specifieke dwangmiddelen beschikken, zoals bij politieoptreden of bij het feitelijk uitoefenen van bestuursdwang het geval is. Een ander voorbeeld dat zij noemen is het geval dat privaatrechtelijke rechtspersonen beschikken over specifieke onderzoeksbevoegdheden (fouilleren, betreden van private plaatsen) of indien zij aanwijzingen kunnen geven die opgevolgd moeten worden wil men zich niet aan sancties blootstellen.[46]

Eenzijdig

Een andere vraag is of de uitoefening van openbaar gezag een *meerzijdige* rechtshandeling kan inhouden, zoals het sluiten van een overeenkomst. Met openbaar gezag bekleed betekent volgens de memorie van toelichting van de eerste tranche Awb dat het moet gaan om een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten. Deze omschrijving ademt zeer sterk de sfeer van eenzijdigheid. Dit wordt bevestigd door regeringscommissaris Scheltema, die stelt dat met enig openbaar gezag bekleed betekent '(...) dat de bevoegdheid bestaat om *eenzijdig* de rechtspositie van burgers te bepalen (...).'[47] [curs. NJ]. Uit de rechtspraak van de Afdeling kan eveneens worden afgeleid dat openbaar gezag slechts betrekking heeft op eenzijdig bestuurshandelen.[48] Het is dan ook goed verdedigbaar dat openbaar gezag naar positief recht enkel betrekking heeft op de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het *eenzijdig* bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten.[49]

Conclusie

Openbaar gezag ziet op de publiekrechtelijke bevoegdheid *tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie (rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten*. Dit houdt in dat in ieder geval sprake moet zijn van de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke *rechtshandeling*. Dat wil zeggen een handeling die is gericht op het tot stand brengen van rechtsgevolgen; ze is erop gericht verandering te brengen in de bestaande rechten en plichten van rechtssubjecten. Rechtshandelingen

46 Scheltema & Scheltema 2013, p. 81 en p. 83. Vergelijk ook Van Ommeren & Huisman 2013, p. 54-55 over de publiekrechtelijke bevoegdheid tot zelfstandig feitelijk handelen, zoals de wettelijke bevoegdheid tot onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Vergelijk voorts inzake toezichtsbevoegdheden Freriks 2008, p. 169-170.

47 *PG Awb I*, p. 143-144.

48 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2013, 226 (m.nt. Peters); ABRvS 1 november 2006, *AB* 2007, 176 (m.nt. Peters).

49 Vergelijk Schlössels & Zijlstra 2010, p. 128-131. Ook het besluitbegrip (art. 1:3 lid 1 Awb) is beperkt tot eenzijdige bestuurshandelingen. Zie Van Ommeren & Huisman 2013, p. 28-29.

hebben niet alleen de rechtsgevolgen waarop zij zijn gericht, maar kunnen meer rechtsgevolgen hebben. Het kan zijn dat uit de aard van de handeling, uit de wet of het ongeschreven recht rechtsgevolgen voortvloeien waarop die rechtshandeling als zodanig niet is gericht. Openbaar gezag heeft alleen betrekking op rechtshandelingen die zelfstandig op rechtsgevolg zijn gericht. Indien de rechtsgevolgen rechtstreeks uit de wet voorvloeien en de handeling niet zelfstandig op die rechtsgevolgen is gericht, kan niet worden gesproken van een rechtshandeling.

Aangenomen kan worden dat ook publiekrechtelijke bevoegdheden tot (zelfstandig) *feitelijk handelen* openbaar gezag kunnen inhouden. Hoewel de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie daarover geen uitsluitsel bieden, wordt er in de literatuur vanuit gegaan dat openbaar gezag betrekking kan hebben op de publiekrechtelijke bevoegdheid tot (zelfstandig) feitelijk handelen.

Voorts kan worden aangenomen dat openbaar gezag enkel betrekking heeft op de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het *eenzijdig* bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten. Meerzijdige rechtshandelingen vallen er buiten. Aanknopingspunten daarvoor kunnen worden gevonden in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak.

In de literatuur leeft soms de gedachte dat het bekleed zijn met openbaar gezag hetzelfde is als het beschikken over de bevoegdheid om besluiten te nemen in de zin van artikel 1:3 Awb, dat wil zeggen: het nemen van een schriftelijke beslissing, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.[50] Uit het voorgaande blijkt dat dit een te beperkte interpretatie is van openbaar gezag. Ook het niet-schriftelijk verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen omvat openbaar gezag, evenals de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden tot feitelijk handelen.[51] Dat neemt niet weg dat alleen de uitoefening van openbaar gezag inhoudende een Awb-besluit onder de competentie van de bestuursrechter valt (art. 8:1 Awb).

2.2.5 Verkrijgen van openbaar gezag

2.2.5.1 Inleiding

De volgende vraag is hoe een privaatrechtelijke rechtspersoon openbaar gezag kan verkrijgen. Uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat openbaar gezag kan worden verkregen (1) op grond van een wettelijk voorschrift, (2) wegens de uitoefening van een buitenwettelijke publieke taak en (3) wegens overwegende overheidsinvloed op het beheer van de privaatrechtelijke rechtspersoon; als bij die rechtspersoon dan ambtenaren zijn aangesteld, is de rechtspersoon met openbaar gezag bekleed voor zover het gaat om handelingen jegens die ambtenaren.[52] Deze grondslagen worden hieronder besproken.

50 Zie bijvoorbeeld Peters 2000, p. 81.

51 Wat betreft het niet-schriftelijk verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling die de uitoefening van openbaar gezag inhoudt, kan gewezen worden op het stopteken van een verkeersregelaar. Zie Zijlstra 2009, p. 48 en § 2.2.2.

52 Zie Zijlstra 2008, p. 15; Zijlstra 2009, p. 49.

2.2.5.2 *Wettelijk voorschrift*

Blijkens de parlementaire geschiedenis geldt als uitgangspunt dat de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten op een 'uitdrukkelijke bepaling' moet berusten; zij moet een 'wettelijke grondslag' hebben. Aangenomen kan worden dat hier wordt gedoeld op een uitdrukkelijk bevoegdheidverlenend *wettelijk voorschift*.[53] De jurisprudentie sluit hierbij aan. Illustratief is de uitspraak van de Afdeling ten aanzien van de stichting 'Stichting Archief van het Huis Oranje-Nassau':

> 'Aan de Stichting zijn niet, door middel van een wettelijk voorschrift of op ander wijze, een of meer overheidstaken opgedragen. De Afdeling sluit zich aan bij de constatering van de rechtbank dat niet valt te wijzen op een voorschrift dat aan de Stichting, haar bestuur en/of aan de directeur, een exclusieve bevoegdheid toekent om de rechtspositie van andere (rechts)personen eenzijdig te bepalen.'[54]

Er is dus sprake van een publiekrechtelijke bevoegdheid wanneer de bevoegdheid (tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten) *exclusief*[55] wordt toegekend in een *wettelijk voorschrift*. Exclusief wil zeggen: een met uitsluiting van anderen alleen aan het bestuur toekomende bevoegdheid. Dit geeft het onderscheid aan met een privaatrechtelijke bevoegdheid; die kan namelijk door een ieder worden verricht.[56] Een omschrijving van het begrip wettelijk voorschrift ontbreekt in de Awb. Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb kan worden afgeleid dat dit begrip niet alleen betrekking heeft op wetten afkomstig van de formele wetgever, maar ook op lagere wetgeving.[57]

Het komt wel voor dat de bestuursrechter de publiekrechtelijke bevoegdheid niet zoekt in een wettelijk voorschrift, maar in de *statuten* van de privaatrechtelijke rechtspersoon. In een uitspraak over de Stichting Incident Management Nederland oordeelde de Afdeling dat '(...) uit de in de statuten van de stichting neergelegde doelstellingen niet blijkt dat aan de stichting of een orgaan daarvan enige publiekrechtelijke taak of bevoegdheid is toegekend (...).'[58] Het is weliswaar efficiënt om in de statuten te kijken of een publiekrechtelijke bevoegdheid aanwezig is, maar uiteindelijk zal de rechter toch echt op zoek moeten gaan naar een bevoegdheidverlenend wettelijk voorschrift. Publiekrechtelijke bevoegdheden worden namelijk nooit toegekend in de statuten; hooguit wordt er in de statuten

---

53 *PG Awb I*, p. 133 r.k.

54 ABRvS 1 november 2006, *JB* 2006, 324 (m.nt. M.O-V).

55 Zie ook ABRvS 18 juni 1998, *AB* 1999, 116 (m.nt. MSV); CRvB 27 juni 2002, *JB* 2002, 256. De exclusiviteit lijkt ook een rol te spelen in ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, 21 (m.nt. Peters; *JB* 2006, 7, m.nt. F.A.M.S.).

56 Damen I 2013, p. 193, p. 203-205.

57 *PG Awb I*, p. 64. Zie ook Van Ommeren 1996, p. 161-163. De Awb sluit overigens niet uit dat publiekrechtelijke bevoegdheden ook rechtstreeks kunnen voortvloeien uit *internationaal recht* of *EU-recht*. Zie hierover Huisman & Jak 2010, p. 117-125. Ook de Wet AROB sloot dat volgens Steenbeek niet uit. Steenbeek 1984, p. 57-59.

58 ABRvS 1 december 2004, *JB* 2005, 39 (m.nt. Peters). Zie ook ABRvS 26 november 2003, *AB* 2004, 228 (m.nt. Peters; *Gst.* 2004 (7215), 164, m.nt. Kooper); ABRvS 22 mei 2002, *JB* 2002, 203 (m.nt. Peters); Rb. Arnhem 26 augustus 2010, *Gst.* 2010 (7342), 98 (m.nt. Jak).

naar verwezen, met name vanwege de interne bevoegdheidsverdeling binnen de rechtspersoon.[59]

Voorts kan openbaar gezag worden verkregen wanneer een in essentie privaatrechtelijke regeling door bijvoorbeeld de Minister wordt overgenomen ('goedgekeurd'). Een voorbeeld treffen we aan in ABRvS 20 april 2005, *JB* 2005, 169 (m.nt. Peters). Deze uitspraak gaat over de Medisch Specialisten Registratie Commissie (MSRC) van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (KNMG). Wil men in Nederland een medische titel of benaming kunnen voeren dan moet men ex artikel 3 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) zijn geregistreerd in een door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ingesteld en beheerd register. Ingevolge artikel 5 Wet BIG is de Minister bevoegd op de aanvraag tot inschrijving in een register te beslissen. Op grond van artikel 14 Wet BIG kan de Minister, indien door een organisatie van beoefenaren van een beroep waarop een register betrekking heeft, een regeling in het leven is geroepen, welke voorziet in de mogelijkheid aan in dat register ingeschreven personen die een bijzondere deskundigheid op krachtens die regeling aangewezen deelgebieden der uitoefening van dat beroep hebben verworven, vanwege die organisatie een erkenning als specialist op het betrokken deelgebied verlenen, bepalen dat de krachtens bedoelde regeling aan die specialismen onderscheidenlijk verbonden titels als wettelijk erkende specialistentitels worden aangemerkt. In casu heeft de KNMG een dergelijke regeling in het leven geroepen. De Minister heeft de regeling goedgekeurd. Nu de regeling voorziet in een registratieprocedure, waarbij de MSRC beslist op een aanvraag tot registratie, brengt de goedkeuring door de Minister met zich dat de registratiebevoegdheid van de Minister ex artikel 5 Wet BIG als het ware wordt gedelegeerd aan de MSRC. Aldus is de MSRC met openbaar gezag bekleed wanneer zij een beslissing neemt omtrent de inschrijving in het register.[60]

Een ander onderwerp dat hier de aandacht vraagt, is dat van de publiekrechtelijke inperking van privaatrechtelijke bevoegdheden. Wordt een privaatrechtelijke bevoegdheid publiekrechtelijk ingeperkt, dan transformeert die bevoegdheid niet in een publiekrechtelijke bevoegdheid. Een bekend voorbeeld in dit verband is de uitspraak van de Afdeling over door Schiphol gehanteerde tarieven voor het gebruik van de luchthaven. De Afdeling overweegt dat de Luchtvaartwet niet voorziet in enige publiekrechtelijke titel voor de zeggenschap over het luchtvaartterrein. Een dergelijke titel kan uitsluitend aan het burgerlijk recht worden ontleend. Daarvan uitgaande, kan ook de bevoegdheid tot het in rekening brengen van een vergoeding voor het gebruik van het luchtvaartterrein slechts in het burgerlijk recht haar grondslag vinden. De uit de Luchtvaartwet voortvloeiende verplichting om bij het uitoefenen van deze bevoegdheid vaste en door de Kroon goedgekeurde tarieven te hanteren, is te beschouwen als een publiekrechtelijke beperking van de (contracts)-vrijheid die Schiphol naar de regels van het privaatrecht toekomt. Het

59 Zie Peters onder *JB* 2005, 39 en Jak onder *Gst.* 2010 (7342), 98.
60 Zie ook de noot van Peters onder deze uitspraak.

enkele bestaan van zulk een beperking maakt niet dat daarmee ook het vaststellen van de tarieven een publiekrechtelijke taak of bevoegdheid is geworden.[61]

2.2.5.3 Buitenwettelijk openbaar gezag: Silicose-jurisprudentie

Algemeen

Openbaar gezag behoeft niet altijd uitdrukkelijk te berusten op een wettelijk voorschrift. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de regering de mogelijkheid opengelaten dat ook sprake kan zijn van *buitenwettelijk* openbaar gezag. De regering heeft zich aangesloten bij de gevolgde lijn in de AROB-jurisprudentie waaruit blijkt 'dat het voor de kwalificatie van een persoon of college als 'administratief orgaan' op zichzelf voldoende is, dat de vervulling van een publieke taak indirect tot een grondwettelijke of wettelijke bevoegdheidstoedeling herleid kan worden.'[62] De regering noemt de bevoegdheid subsidiebeschikkingen te nemen als voornaamste voorbeeld van buitenwettelijke bevoegdheden op grond van een publieke

61 ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996, 474 (m.nt. AFMB; *JB* 1996, 231, m.nt. R.J.G.H.S.). In dezelfde zin: CBb 1 augustus 2000, *AB* 2000, 388 (m.nt. JHvdV) inzake de wettelijke acceptatieplicht van een ziektekostenverzekeraar. Vergelijk ook ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7617: het feit dat de Ziekenfondswet voorziet in een regeling tot het sluiten van overeenkomsten tussen ziekenfondsen en zorgverlenende instellingen, doet er niet aan af dat het sluiten van die overeenkomsten privaatrechtelijke rechtshandelingen zijn. Vergelijk ook CBb 7 augustus 2013, *JB* 2013, 213 (m.nt. Peters) inzake de vordering door RET NV van een aanvullend bedrag op de vervoersprijs wegens het niet inchecken met een ov-jaarkaart in de Rotterdamse metro. Volgens het CBb vindt dit vorderingsrecht zijn grondslag in de vervoersovereenkomst; van een publiekrechtelijke bevoegdheid is aldus geen sprake. Dat de vervoersovereenkomst wettelijk is gereguleerd doet daar niet aan af. De Wet personenvervoer 2000 en de daarop gebaseerde regelingen voorzien slechts in een nadere normering van de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen reiziger en vervoerder, maar beogen niet de grondslag te vormen voor publiekrechtelijke bevoegdheden van de vervoerder.

62 *PG Awb I*, p. 133 r.k. De AROB-rechter nam openbaar gezag aan op grond van een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken, en waarvan de uitvoering met overheidsgelden wordt bekostigd. Zie ARRvS 13 juni 1978, *tB/S I*, 8 (m.nt. tB/S); Vz. ARRvS 19 maart 1982, *AB* 1982, 411 (m.nt. H.J. de Ru); ARRvS 27 januari 1983, *tB/S V*, 294 (m.nt. A.R.). Vergelijk Vz. ARRvS 20 juli 1987, *AB* 1988, 554; ARRvS 28 juli 1989, *tB/S* 1989, 113 (m.nt. tB); Vz. ARRvS 15 juli 1991, *tB/S* 1991, 94 (m.nt.tB). Borman signaleert reeds in zijn noot onder ARRvS 7 april 1978, *AB* 1978, 474 dat de Afdeling mogelijk ook kijkt naar buitenwettelijke grondslagen voor openbaar gezag. Het publieke-taakcriterium speelde vooral een rol in gevallen van subsidieverlening door privaatrechtelijke rechtspersonen. Dit is niet zo vreemd als men bedenkt dat het volgens de Afdeling de bedoeling is geweest van de AROB-wetgever om subsidiebesluiten hoe dan ook onder de werking van de Wet AROB te brengen. Zie ARRvS 29 juni 1977, *tB/S V*, p. 73-81 (m.nt. tB/S). De publieke-taakjurisprudentie onder de Wet AROB is zeer casuïstisch van aard. Toch kan wel iets gezegd worden over de omstandigheden die een rol van betekenis spelen. Zo lijken de gebondenheid aan door de overheid opgestelde subsidievoorwaarden en de (institutionele) invloed van de overheid op (de samenstelling en besluitvorming van) de rechtspersoon relevante omstandigheden om tot openbaar gezag te kunnen concluderen. Duk onderschrijft het belang van de institutionele banden tussen de overheid (de minister) en de subsidieverlenende stichting. Zouden die banden er niet toe doen, dan 'zou het intermediair van een (eventueel door de minister zelf opgerichte) stichting wel een simpel en handig middel zijn om weigeringen en intrekkingen van subsidies geheel te onttrekken aan de mogelijkheid van beoordeling door de administratieve rechter.' Duk 1981, p. 6-7.

taak.[63] Wel stelt het Nederlandse constitutionele recht volgens de regering grenzen aan de mogelijkheid van buitenwettelijke bevoegdheden: '[v]oor eenzijdige beperkingen van de rechten en vrijheden van de burgers is altijd een wettelijke grondslag vereist.'[64] Het komt erop neer dat de regering alleen ruimte ziet voor buitenwettelijk openbaar gezag als het gaat om *begunstigend* overheidsoptreden, zoals het verlenen van subsidies.[65]

De bestuursrechter heeft de lijn uit de AROB-jurisprudentie inzake buitenwettelijk openbaar gezag voortgezet in de rechtspraak onder de Awb. De jurisprudentie die in dit kader tot ontwikkeling is gekomen wordt wel aangeduid als *Silicose-jurisprudentie*.[66] Deze rechtspraak is vernoemd naar de uitspraak inzake de Stichting Silicose Oud-mijnwerkers, die vergoedingen verstrekt aan oud-mijnwerkers die lijden aan de ziekte silicose.[67] Op grond van deze rechtspraak is sprake van openbaar gezag als een private rechtspersoon: (1) een publieke taak uitoefent; (2) de gelden waarmee hij zijn activiteiten financiert in overwegende mate van de overheid afkomstig zijn (financiële relatie); (3) de overheid invloed heeft – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de gelden worden besteed (inhoudelijke relatie) en; (4) de activiteiten bestaan uit presterend bestuur, waardoor de private rechtspersoon als het ware fungeert als doorgeefluik tussen overheid en burger.[68] Deze cumulatieve criteria worden hierna verder uitgewerkt.

Het oogmerk van de Silicose-rechtspraak is primair de toegang tot de bestuursrechter mogelijk te maken ten aanzien van handelingen van private rechtspersonen die strikt genomen buiten de competentie van de bestuursrechter vallen.[69] Een dergelijke strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het oog op de bevoegdheid van de bestuursrechter brengt (onbedoeld?) ook een uitbreiding van de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen met zich. Dat volgt uit de systematiek van de Awb.[70] Onduidelijk is of die uitbreiding van het toepasselijke recht door de rechter is beoogd. Dat is gelet op de functie van de Silicose-rechtspraak niet zonder meer vanzelfsprekend. Aan de andere kant is dat wel aannemelijk, gelet op het feit dat de Afdeling de Silicose-rechtspraak ook toepast als het gaat om de toepasselijkheid van de Wet openbaarheid van bestuur.[71]

63 *PG Awb I*, p. 133 r.k.

64 *PG Awb I*, p. 133 r.k.

65 Hoewel een subsidiebeschikking in beginsel begunstigend van aard is, kunnen de daarin opgenomen subsidieverplichtingen uiteraard wel als beperkend overheidsoptreden worden beschouwd. Thans is voor subsidies in beginsel een wettelijke grondslag vereist (art. 4:23 Awb).

66 Zie hierover inmiddels ook uitgebreid de conclusie van staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260. Omdat de redactionele afwerking van dit boek op dat moment al in een vergevorderd stadium was, kon een analyse van die conclusie niet meer in dit boek worden opgenomen.

67 ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996, 136 (m.nt. Zijlstra; *JB* 1995, 337, m.nt. Stroink).

68 Zie Zijlstra 2008, p. 22; Zijlstra 2009, p. 52-54.

69 Zie Overkleeft-Verburg, p. 338, p. 343; Van Ommeren 2003, p. 154-155; Zijlstra 2009, p. 53.

70 Vergelijk Huisman 2012, p. 575 over het strategisch besluitbegrip en de rechtspraak inzake het buitenwettelijk schadebesluit.

71 Zie ABRvS 15 juli 2009, *Gst.* 2009 (7326), 112 (m.nt. Jak; *AB* 2009, 247, m.nt. Peters); ABRvS 25 mei 2011, *Gst.* 2011 (7362), 121 (m.nt. Jak; *AB* 2011, 233, m.nt. Peters).

Publieke taak
De Afdeling gaat doorgaans na of de betrokken activiteit van de private rechtspersoon als publieke taak (of: overheidstaak)[72] kan worden beschouwd. Ter beantwoording van de vraag wat onder een publieke taak kan worden verstaan, heeft de Afdeling geen materieel criterium geformuleerd. Bestudering van de jurisprudentie leert dat de rechter slechts nagaat – onder andere op grond van de parlementaire geschiedenis – of de overheid de activiteit als publieke taak ziet. In de jurisprudentie wordt dit veelal verwoord met de vraag of de overheid de taak 'aan zich heeft getrokken'.[73] Met andere woorden: wat in de ogen van de bestuursrechter een publieke taak is, wordt bepaald door het politieke proces van democratische besluitvorming.[74]

Betwijfeld kan echter worden of de bestuursrechter de aanwezigheid van een publieke taak wel als noodzakelijke voorwaarde beschouwt. Om met Peters te spreken, lijkt het erop dat het 'publieke taak-criterium' veeleer 'een vehikel [is] waarmee een specifieke concrete casus onder het bereik van het bestuursrecht wordt gebracht.'[75] Het gaat doorgaans om casus waarin een privaatrechtelijke rechtspersoon fungeert als doorgeefluik en waarbij sprake is van een financiële en inhoudelijke relatie. Het zijn die drie omstandigheden die de rechter steeds doorslaggevend acht.[76] Het concept van de publieke taak lijkt daarentegen op zichzelf niet van betekenis; het fungeert slechts als kapstok om voornoemde casus aan op te hangen.[77] Dat verklaart mogelijk ook waarom de Afdeling geen inhoudelijke invulling heeft gegeven aan het concept publieke taak. De conclusie is dat de nadruk ligt op de laatste drie criteria: *financiële relatie, inhoudelijke relatie* en *presterend bestuur/doorgeefluik*.[78]

Financiële relatie
De tweede voorwaarde die kan worden afgeleid uit de Silicose-jurisprudentie is de financiële betrokkenheid van de overheid. Vereist is dat de uitoefening van de

72 Van Ommeren wijst erop dat de bestuursrechter meestal spreekt van 'overheidstaak' terwijl in de doctrine meestal over 'publieke taak' wordt gesproken. Van Ommeren 2003, p. 138.
73 Zie ook Zijlstra 2008, p. 22 en p. 70-71.
74 Zie over deze invulling van het concept publieke taak: Vermeulen 2003, p. 24-26.
75 Peters 2009, p. 8.
76 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 juli 2009, *Gst.* 2009 (7326), 112 (m.nt. N. Jak). Nadat de Afdeling in deze zaak heeft geconstateerd dat van een publieke taak geen sprake is, acht de Afdeling het nodig de inhoudelijke- en financiële relatie tussen de overheid en de private rechtspersoon te onderzoeken. Wanneer de Afdeling de publieke taak daadwerkelijk als noodzakelijke voorwaarde zou zien, had zij dat achterwege kunnen laten. De Afdeling had dan kunnen volstaan met de conclusie dat van een publieke taak in casu geen sprake is. Zie ook Rb. Noord-Holland 19 april 2013, *AB* 2013, 184 (m.nt. Peters).
77 Peters 2009, p. 8-9; Zijlstra 2008, p. 22 en m.n. p. 70. Daarom kan mijns inziens ook beter gesproken worden van 'Silicose-jurisprudentie' in plaats van 'publieke-taakjurisprudentie', zoals deze rechtspraak ook wel bekendstaat.
78 Zo ook: Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 54-55 en p. 84; Van Ommeren 2003, p. 139; Peters 2009, p. 8-9; Zijlstra 2008, p. 70. Ook Verheij lijkt deze opvatting te zijn toegedaan. Zie zijn annotaties onder *AB* 2004, 10 en *JB* 2006, 132.

betrokken activiteit 'in overwegende mate door de overheid wordt gefinancierd.'[79] De vraag is waar precies de grens ligt. Is een combinatie met 90% overheidsgelden vereist, of is 60% ook voldoende? De jurisprudentie biedt hierover vooralsnog geen helderheid.[80]

Verder bleek uit wat oudere rechtspraak niet geheel duidelijk of nu de betrokken activiteit dan wel de private instelling als zodanig in overwegende mate door de overheid moest worden gefinancierd.[81] Thans kan worden aangenomen dat de bestuursrechter doelt op de financiering van de betrokken activiteit (of: taak).[82]

Een andere vraag waarop de jurisprudentie nog geen antwoord heeft gegeven, is in hoeverre het is toegestaan dat het financierende overheidsorgaan niet dezelfde overheidsinstelling is als het overheidsorgaan die inhoudelijke invloed uitoefent op de taakuitoefening (derde voorwaarde). Zo wordt de taakuitoefening van de Stichting financiële hulpverlening vuurwerkramp inhoudelijk beïnvloed door het college van burgemeester en wethouders, terwijl de financiering afkomstig is van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkijksaangelegenheden.[83] De Afdeling ziet hierin geen reden om te oordelen dat de stichting geen bestuursorgaan is. Door Peters worden hierbij vraagtekens geplaatst. Gaat het er niet om dat een private instelling als bestuursorgaan wordt aangemerkt juist omdát het overheidsorgaan dat de gelden ter beschikking stelt ook bepaalt hoe die gelden worden besteed, zo vraag hij zich af. Het is in de ogen van Peters ongewenst om casus als de Stichting financiële hulpverlening vuurwerkramp onder de werking van de Silicose-jurisprudentie te brengen.[84] Een probleem dat hier nog bij komt is dat de gelden in casu niet rechtstreeks van de minister afkomstig zijn, maar dat het Nationaal Rampenfonds als tussenschakel optreedt tussen de minister en de stichting. De Afdeling lijkt hier geen noemenswaardige problemen in te zien. Hoe dergelijke constructies moeten worden beoordeeld is evenwel niet duidelijk en ook hier zal nadere jurisprudentie daarin inzicht moeten geven.

Inhoudelijke relatie

Wat betreft de derde voorwaarde om te kunnen spreken van een 'Silicose-bestuursorgaan' kan in zijn algemeenheid worden gezegd dat de overheid door controle en goedkeuring een overwegende mate van invloed moet kunnen uitoefenen op de criteria waarlangs de overheidsgelden worden besteed. De jurisprudentie laat

79 Sinds ABRvS 27 augustus 2003, *AB* 2004, 10 (m.nt. NV; *JB* 2003, 288, m.nt. Peters) gebruikt de bestuursrechter dit criterium. Dit criterium is zeer waarschijnlijk overgenomen van Verheij die daarvoor pleitte in zijn annotaties onder *AB* 2001, 83 en *AB* 2003, 114. In de uitspraken vóór 27 augustus 2003 moest de bekostiging 'geheel of nagenoeg geheel' plaatsvinden uit de algemene middelen. Zie verder over de ontwikkeling hiervan Peters 2004, p. 72-73.

80 Zie ook Peters 2009, p. 11. Verwacht zou kunnen worden dat ten minste sprake moet zijn van 50% overheidsfinanciering. Ik heb echter geen rechtspraak kunnen aantreffen waarin een private instelling niet als bestuursorgaan wordt aangemerkt, omdat de overheidsfinanciering minder dan 50% bedraagt.

81 Zie de twijfels van Verheij onder *AB* 2001, 83.

82 Zie expliciet CRvB 31 maart 2006, *AB* 2006, 424 (m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Duijvenvoorde; *JB* 2006, 132, m.nt. NV), r.o. 6.7.

83 ABRvS 19 mei 2004, *JB* 2004, 256 (m.nt. Peters).

84 Peters onder *JB* 2004, 256.

op dit punt een diffuus beeld zien, waardoor niet goed te voorspellen valt hoe de bestuursrechter in een concreet geval zal oordelen. Zo was de Afdeling met betrekking tot de Stichting Koppeling zeer soepel: ondanks het feit dat het bestuur van de Stichting Koppeling zelf greep houdt op de inhoud van de uitkeringscriteria neemt de Afdeling aan dat er een voldoende inhoudelijke invloed is van de overheid.[85]

Aan de andere kant is niet alleen de invloed op de bestedingscriteria relevant, maar lijkt de Afdeling ook belang te hechten aan de (institutionele) invloed van de overheid op de private rechtspersoon als zodanig. De Afdeling kijkt bijvoorbeeld naar de invloed van de overheid op de samenstelling van het bestuur[86] of de betrokkenheid van de overheid bij de oprichting van de private rechtspersoon.[87] Betwijfeld kan worden of de invloed van de overheid op de samenstelling van het bestuur daadwerkelijk een bepalend criterium is. Uit de uitspraak met betrekking tot de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers blijkt reeds dat het criterium niet van doorslaggevend belang is voor de vaststelling van de inhoudelijke relatie. In die uitspraak overwoog de Afdeling namelijk dat het feit dat de statuten van de stichting niet voorzien in overheidsinvloed op haar samenstelling en werkwijze, niet afdoet aan het feit dat het toekennen van vergoedingen de uitoefening van openbaar gezag inhoudt.[88] Tevens rijst de vraag of de betrokkenheid van de overheid bij de oprichting van de private rechtspersoon werkelijk zelfstandige betekenis heeft. Het feit dat een privaatrechtelijke rechtspersoon al dan niet op overheidsinitiatief is opgericht, heeft in wezen geen onderscheidend vermogen, omdat een door de overheid opgerichte private rechtspersoon later kan zijn overgelaten aan het particulier initiatief. Omgekeerd kan een door het particulier initiatief opgerichte private rechtspersoon later zijn verstatelijkt.[89] Doordat de rechter niet alleen kijkt naar de invloed van de overheid op de taakvervulling (de besteding van overheidsgelden), begint de inhoudelijke relatie sterke gelijkenissen te vertonen met het verkrijgen van openbaar gezag op grond van 'overwegende overheidsinvloed op het beheer', waarbij invloed op de samenstelling van het bestuur een relevante factor is.[90]

Ter bepaling van de inhoudelijke relatie acht de rechter het voorts soms relevant dat de private rechtspersoon een taak heeft overgenomen die eerst door de overheid werd uitgevoerd.[91] Ook bij dit aspect kunnen vraagtekens worden geplaatst,

85 ABRvS 11 oktober 2006, *AB* 2007, 81 (m.nt. Sewandono; *JB* 2006, 321, m.nt. Peters).
86 ABRvS 12 november 1998, *AB* 1999, 30 (m.nt. MSV; *JB* 1998, 283, m.nt. F.A.M.S.).
87 ABRvS 13 november 2002, *AB* 2003, 114 (m.nt. NV; *JB* 2003, 14, m.nt. Peters); ABRvS 19 mei 2004, *JB* 2004, 256 (m.nt. Peters).
88 Zie ook Peters 2004, p. 74.
89 Zie Schroten 2000, p. 33; Jak & Zijlstra 2011, p. 192.
90 Zie ook Overkleeft-Verburg 2003, p. 348. Zie over het criterium 'overwegende overheidsinvloed' hierna § 2.2.5.4 en hoofdstuk 7.
91 Zie ABRvS 12 november 1998, *AB* 1999, 30 (m.nt. MSV; *JB* 1998, 283, m.nt. F.A.M.S.); ABRvS 27 augustus 2003, *AB* 2004, 10 (m.nt. NV; *JB* 2003, 288, m.nt. Peters); ABRvS 23 december 2009, *AB* 2010, 221 (m.nt. Peters).

omdat het geen verband houdt met de inhoudelijke betrokkenheid van de overheid bij de uitoefening van een publieke taak.[92]

Doorgeefluik en presterend bestuur

Als zowel aan de financiële als inhoudelijke relatie is voldaan, maakt dat een privaatrechtelijke rechtspersoon nog geen bestuursorgaan. Hij onderscheidt zich daarmee immers onvoldoende van een gewone subsidieontvanger. Ook binnen een gewone subsidierelatie is sprake van het ter beschikking stellen van overheidsgelden en kan de overheid subsidieverplichtingen opleggen. Daarom is de laatste Silicose-voorwaarde van belang. Het gaat hier om de eis dat de private rechtspersoon niet als 'eind-adressaat' maar als 'doorgeefluik' van de overheidsgelden moet fungeren.[93]

Het hoeft niet per se te gaan om het doorgeven van geld (in de vorm van het verstrekken van subsidies of uitkeringen). Uit een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep inzake Argonaut BV kan worden afgeleid dat het presterend bestuur ook mag bestaan uit het verstrekken van (op geld waardeerbare) voorzieningen.[94] De Argonaut-uitspraak ging over het zogenaamde Valys-systeem inzake het bovenregionaalvervoer van gehandicapten, ontworpen door de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat. Onder bepaalde voorwaarden heeft een gehandicapte op basis van dit systeem recht op een persoonlijk kilometerbudget (pkb). Soms heeft een gehandicapte recht op een *verhoogd* pkb. Of een gehandicapte in aanmerking komt voor zo'n verhoogd pkb wordt beoordeeld door Argonaut BV, die daartoe door de staatssecretaris is ingeschakeld. De vraag rees of Argonaut BV in dit kader handelde als bestuursorgaan. Weliswaar wordt Argonaut in overwegende mate door de Staat gefinancierd, maar Argonaut fungeert wat die gelden betreft niet als doorgeefluik. Integendeel: Argonaut oordeelt slechts over de *toekenningscriteria* voor een hoog persoonlijk kilometerbudget voor taxiritten ten behoeve van gehandicapten die niet dan wel beperkt in staat zijn van de trein gebruik te maken. Dat is volgens de CRvB voldoende. Het is 'voor het aannemen van een [...] publiekrechtelijke bevoegdheid geen noodzakelijke voorwaarde dat door de betrokken (rechts) persoon of college rechtstreeks financiële middelen (uitkeringen, subsidies of anderszins) worden toegekend aan derden', aldus de Raad.[95] Het gaat er volgens de CRvB om dat eenzijdig de rechtspositie van rechtssubjecten wordt bepaald.[96] Dat gebeurt in casu ook: de (positieve) beslissing van Argonaut creëert een aanspraak

92 Zie Verheij onder *AB* 2004, 10.

93 Zie Peters onder *JB* 2003, 288. Verheij heeft betoogd dat de 'doorgeefluik eis' nooit een echte voorwaarde is geweest onder de Silicose-rechtspraak. Volgens hem is eerder sprake van toeval. Het verstrekken van subsidies en uitkeringen is lange tijd een van de weinige activiteiten geweest die de overheid zonder wettelijke grondslag kan verrichten (voor subsidies geldt ingevolge art. 4:23 Awb thans in beginsel een wettelijke grondslag). Het is dan ook niet vreemd dat de Silicose-jurisprudentie met name over subsidieverlenende stichtingen gaat, maar dat betekent niet dat het verstrekken van gelden en het feitelijk fungeren als doorgeefluik steeds een noodzakelijke voorwaarde is geweest. Annotatie Verheij onder *JB* 2006, 132.

94 CRvB 31 maart 2006, *AB* 2006, 424 (m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Duijvenvoorde; *JB* 2006, 132, m.nt. NV). Zie Zijlstra 2008, p. 22.

95 R.o. 6.9.

96 R.o. 6.8.

jegens de overheid op een verhoogt persoonlijk kilometerbudget. Daarbij is dus niet nodig dat Argonaut ook feitelijk zelf het verhoogd pkb verstrekt. Voldoende is dat het presterend bestuur bestaat uit het verstrekken van (op geld waardeerbare) voorzieningen.

Kritiek op de Silocose-jurisprudentie in de literatuur
De Silicose-rechtspraak is in de literatuur bekritiseerd. Die kritiek is niet nieuw. Reeds in de literatuur met betrekking tot de AROB-jurisprudentie was men kritisch over het aannemen van buitenwettelijk openbaar gezag.[97] Zo werd niet duidelijk geacht wanneer de overheid zich een taak heeft aangetrokken of wanneer precies sprake is van bekostiging met overheidsgelden. Ook werd aangevoerd dat er wel meer taken met overheidsgeld werden uitgeoefend terwijl geen sprake is van openbaar gezag.[98] Een ander punt van kritiek was dat uit een taak geen bevoegdheid kan en mag worden afgeleid. Het feit dat een taak moet worden vervuld zegt namelijk nog niets over de bevoegdheden die met betrekking tot de taakuitoefening kunnen worden gehanteerd.[99] Voorts werd betoogd dat het begrip 'publieke taak' erg vaag en subjectief van aard is, waardoor het geen bruikbaar criterium is.[100] Daarnaast werd aangevoerd dat openbaar gezag in ons staatsbestel steeds moet berusten op een wettelijke grondslag.[101]

De huidige kritiek die op de Silicose-jurisprudentie onder de Awb wordt geleverd, borduurt in wezen voort op de kritiek uit het AROB-tijdperk.[102] Samengevat komt de huidige kritiek op het volgende neer. Een punt van kritiek is dat de Silicose-rechtspraak leidt tot *rechtsonzekerheid*, niet alleen voor de op het grensvlak opererende private rechtspersonen, maar met name ook voor de burger. Dit wordt veroorzaakt door de *vaagheid* van de Silicose-criteria. De criteria zijn betrekkelijk open waardoor niet duidelijk is hoever de criteria reiken. De criteria hebben derhalve onvoldoende onderscheidend vermogen. De vaagheid geldt in het bijzonder voor de eis dat sprake moet zijn van de uitoefening van een publieke taak.[103] Dit maakt de publieke taak *ongeschikt* om te functioneren als criterium ter afgrenzing van de toegang tot de bestuursrechter. Daar komt bij dat de *herkenbaarheid van de overheid* in het gedrang komt, doordat de rechter door middel van de Silicose-rechtspraak goedkeurt dat de overheid zich hult in de privaatrechtelijke jas. Ten

97 Zie voor een overzicht van de kritiek op de 'publieke-taakjurisprudentie' onder de Wet AROB bijvoorbeeld Goorden 1990, p. 75-77.

98 Damen 1987, p. 153; Ten Berge & Stroink onder *tB/S I*, 8.

99 Michiels 1987, p. 182-183. Hij voegt daar evenwel aan toe dat dit geen 'absolute gelding' heeft. Michiels wijst daartoe op het subjectief noodrecht in welk kader 'men aan het bestaan van een taak bevoegdheidscheppende betekenis kan hechten.'

100 Michiels 1987, p. 183.

101 Stroink/Steenbeek 1988, p. 54.

102 Zie voor de huidige kritiek Zijlstra 2009, p. 54-55; Zijlstra 2008, p. 70-73; Zijlstra 1995, p. 472; Van Ommeren 2003, p. 152-155. Zie ook Overkleeft-Verburg 2003, p. 348-350; Peters 2009, p. 7-10.

103 Dit punt behoeft enige nuancering, omdat het criterium van de publieke taak op zichzelf geen wezenlijke rol lijkt te spelen in de jurisprudentie. Zoals eerder aangegeven ligt de nadruk op de laatste drie Silicose-criteria: *financiële relatie*, *inhoudelijke relatie* en *presterend bestuur/doorgeefluik*. Maar ook dat zijn rekkelijke criteria.

slotte wordt de Silicose-jurisprudentie in strijd geacht met het *legaliteitsbeginsel*. Zij vindt immers toepassing in gevallen waarin een wettelijke grondslag voor het handelen ontbreekt.

2.2.5.4 Overwegende overheidsinvloed op het beheer van de rechtspersoon

Ten slotte kan sprake zijn van openbaar gezag doordat sprake is van een overwegende overheidsinvloed op het beheer van een privaatrechtelijke rechtspersoon; als bij die rechtspersoon dan ambtenaren zijn aangesteld, is de rechtspersoon met openbaar gezag bekleed voor zover het gaat om handelingen jegens die ambtenaren.[104]

De parlementaire geschiedenis is op dit punt niet direct duidelijk.[105] In de memorie van toelichting wordt door de regering aangegeven dat als bestuursorgaan kunnen worden beschouwd 'een aanzienlijk aantal privaatrechtelijke rechtspersonen (...) die tot de overheid moeten worden gerekend, omdat organen van publiekrechterlijke corporaties een overwegende invloed uitoefenen op het beheer van deze privaatrechtelijke rechtspersonen.'[106] In de vervolgstukken ontstaat een debat over de vraag wat nu precies de betekenis is van het criterium 'overwegende overheidsinvloed' voor de interpretatie van het bestuursorgaanbegrip.[107] Tijdens de UCV merkt regeringscommissaris Scheltema daarover op dat 'het niet de bedoeling van artikel 1:1 is om de vraag of de overheid overwegende invloed heeft op een privaatrechtelijke rechtspersoon, tot het criterium te maken voor de bepaling of die rechtspersoon een bestuursorgaan is.'[108] Daarop bestaat echter één uitzondering. De regering heeft in de Nota naar aanleiding van het eindverslag de aandacht gevestigd op private rechtspersonen die geen openbaar gezag bezitten, maar die wel onder een zodanige overheidsinvloed staan dat zij tot de openbare dienst kunnen worden gerekend en zijn onderworpen aan het ambtenarenrecht.[109] 'In zo een situatie kan het handelen van het "bevoegd gezag" ten aanzien van een persoon, in dienst van die organisatie, als het uitoefenen van openbaar gezag worden beschouwd', aldus de regering.[110] Regeringscommissaris Scheltema bevestigt tijdens de UCV dat een privaatrechtelijke rechtspersoon in zo'n geval openbaar gezag uitoefent en dus in zoverre als bestuursorgaan kan worden aangemerkt:

104 De Awb vertoont op dit punt een opvallend verschil met de Wet AROB. Onder de Wet AROB werd namelijk geen openbaar gezag afgeleid uit overwegende overheidsinvloed.

105 Zie hierover Bense & Zijlstra 1994, p. 266.

106 *PG Awb I*, p. 133. Zie ook p. 138-139: 'Ook in andere gevallen is het denkbaar dat de rechter de overheidsinvloed op een privaatrechtelijke rechtspersoon zodanig groot beschouwt, dat hij haar handelen beoordeelt aan de hand van dezelfde maatstaven als voor (overige) bestuursorganen gelden. Daartegen verzet artikel 1.1 zich niet.'

107 Zie *PG Awb I*, p. 137, p. 139-146.

108 *PG Awb I*, p. 146.

109 Onder welke omstandigheden een private rechtspersoon wegens overwegende overheidsinvloed op het beheer tot de openbare dienst kan worden gerekend komt aan de orde in hoofdstuk 7.

110 *PG Awb I*, p. 138.

> 'Bij de vraag of een privaatrechtelijke rechtspersoon ambtenaren kan aanstellen, speelt een rol de vraag of de overheid overwegende invloed heeft in die rechtspersoon. Als het antwoord daarop neen is, is het niet mogelijk om ambtenaren aan te stellen. Dat betekent dan ook dat er niet bij beschikking openbaar gezag kan worden uitgeoefend. Is er wel sprake van een overwegende invloed van de overheid, dan is het mogelijk – dat gebeurt echter lang niet altijd – dat ambtenaren worden aangesteld. Dan is er ook sprake van uitoefening van enig openbaar gezag. Dat betekent dat, wanneer ambtenaren zijn aangesteld bij een privaatrechtelijke organisatie, er dan ook sprake is van een bestuursorgaan en dat dan ook de bepalingen inzake bestuursorganen van toepassing zijn. (...) Kortom, het criterium "overwegende overheidsinvloed", zoals dat is ontwikkeld door de Centrale raad van beroep, heeft alleen betekenis voor de bepaling van de vraag of er ambtenaren in dienst zijn. Zijn die er niet, dan is er ook geen sprake van een bestuursorgaan, ook niet wanneer de overheid overwegende invloed heeft.'[111]

Uit het voorgaande volgt dat het criterium van overwegende overheidsinvloed in beginsel geen rol speelt bij de vraag naar het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb, behoudens wanneer sprake is van ambtenaarrechtelijke verhoudingen. Kort gezegd komt dit op het volgende neer. Wanneer sprake is van overwegende overheidsinvloed op het beheer van een private rechtspersoon is dit nog geen bestuursorgaan. Wel kunnen nu ambtenaren worden aangesteld. Indien die ook daadwerkelijk worden aangesteld, is de private rechtspersoon bekleed met openbaar gezag voor zover het handelingen jegens die ambtenaren betreft. Worden echter geen ambtenaren aangesteld, dan is geen sprake van openbaar gezag.

In overeenstemming met voornoemde overwegingen in de parlementaire geschiedenis wordt ook door de Afdeling aangenomen dat de toepassing van het criterium van overwegende overheidsinvloed bij de interpretatie van het bestuursorgaanbegrip is beperkt tot het ambtenarenrecht.[112] In een uitspraak van 31 maart 2009 over het Friesch Paarden-Stamboek lijkt het College van Beroep voor het bedrijfsleven echter een andere koers te varen.[113] Het College besteedt in deze uitspraak namelijk uitgebreid aandacht aan het criterium van overwegende overheidsinvloed terwijl toch duidelijk geen sprake is van ambtenaarrechtelijke verhoudingen. Het lijkt erop dat het College het criterium van overwegende overheidsinvloed ook buiten het ambtenarenrecht wil toepassen bij de uitleg van het begrip bestuursorgaan. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of het CBb hier daadwerkelijk een nieuwe weg is ingeslagen.

2.2.6 Voor zover

Als een privaatrechtelijke rechtspersoon met enig openbaar gezag is bekleed, wordt hij aangemerkt als bestuursorgaan, aldus artikel 1:1 lid 1 sub b Awb. De vraag

111 *PG Awb I*, p. 144.
112 ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996, 474 (m.nt. AFMB).
113 CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257 (m.nt. N. Jak & E. Steyger).

is of hij dan als zodanig bestuursorgaan is, of alleen *voor zover* hij met openbaar gezag is bekleed.[114] De wettekst suggereert dat voor een beperking tot openbaar gezag geen plaats is.[115] De memorie van toelichting van de eerste tranche Awb biedt evenwel aanknopingspunten voor een andere lezing. Daarin wordt aangegeven dat de organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die met enig openbaar gezag zijn bekleed 'slechts [zijn] aan te merken als bestuursorganen (...) in de gevallen waarin zij hun publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen. Zij zijn derhalve slechts voor een deel van hun werkzaamheden aan de Awb onderworpen.'[116] De regering kiest aldus voor een zogenaamde *voor zover-benadering*. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat b-organen slechts bestuursorgaan zijn voor zover zij bekleed zijn met openbaar gezag.[117]

Hier dringt het verschil zich op tussen a-organen en b-organen. Dit verschil is van belang voor de vraag in hoeverre de *normen* van de Awb op hun privaatrechtelijke en hun feitelijke handelingen van toepassing zijn.[118] Voor a-organen geldt dat de normen van de Awb op al hun handelingen van toepassing zijn, inclusief hun feitelijke en privaatrechtelijke handelingen. B-organen zijn slechts aan die normen gebonden voor zover ze openbaar gezag uitoefenen. In de literatuur wordt aangenomen dat dit niet betekent dat slechts de publiekrechtelijke rechtshandelingen dan wel de (zelfstandige) publiekrechtelijke feitelijke handelingen onder de normerende werking van de Awb vallen. Ook de privaatrechtelijke en feitelijke handelingen die daarmee *samenhangen* worden geacht daaronder te vallen. Steun voor deze opvatting wordt gezocht in de artikelen 3:1 lid 2 Awb en 3:14 BW.[119] Dit betekent bijvoorbeeld dat de APK-garagehouder bij een willekeurige reparatie zijn neef voor mag laten gaan, maar dat niet mag doen in het kader van de uitoefening van de keuringsbevoegdheid, omdat dan het gelijkheidsbeginsel van toepassing is.[120] In de jurisprudentie van de bestuursrechter heeft zich op dit punt nog geen duidelijke lijn afgetekend. Dit kan worden verklaard doordat de bestuursrechter alleen bevoegd is te oordelen over besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Voor zover een b-orgaan een besluit neemt gaat het om de uitoefening van openbaar gezag in de vorm van een *publiekrechtelijke rechtshandeling*. Over andere typen handelingen, zoals privaatrechtelijke en feitelijke handelingen, is de bestuursrechter

114 In het kader van de Wet AROB sprak Hennekens in dit verband over het onderscheid tussen het zijn van bestuursorgaan in absolute zin dan wel relatieve zin. Zie de annotatie van Hennekens onder ARRvS 2 september 1988, *Gst.* 1989 (6874), 4. Zie ook Michiels 1987, p. 67.

115 Zie Bense & Zijlstra 1994, p. 264.

116 *PG Awb I*, p. 133.

117 Zie onder andere Bense & Zijlstra 1994, p. 264-265; Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2011, p. 63-64. Peters 2000, p. 81 spreekt over een 'dynamisch' bestuursorgaanbegrip. Zie voor een afwijkende visie Kuiper & Boxum 1993, p. 279-280 en Goorden 1994, p. 65-66.

118 Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2011, p. 64.

119 Zijlstra 2009, p. 55-56; Van Ommeren in zijn noot onder *AB* 2003, 365 (punt 4). Peters 2000, p. 81 is daarover kritisch. Hij merkt op dat artikel 3:1 lid 2 Awb vooral lijkt te zijn geschreven voor de privaatrechtelijke en feitelijke handelingen van a-organen.

120 Voorbeeld ontleend aan Zijlstra 2009, p. 56. In zijn annotatie onder ABRvS 9 juni 2005, *AB* 2006, 36 legt Peters aan de hand van de Wegenverkeerswet 1994 helder uit in hoeverre de APK-garagehouder is aan te merken als een b-orgaan.

zoals bekend niet bevoegd te oordelen.[121] Het verdient hier alvast opmerking dat de opvatting in de literatuur, dat openbaar gezag ook betrekking heeft op de feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen die gerelateerd zijn aan openbaar gezag, reeds uitdrukkelijk is aanvaard door de Nationale ombudsman, wiens competentie wordt bepaald door het bestuursorgaanbegrip uit de Awb.[122]

Steeds zal moeten worden nagegaan welke handelingen gerelateerd zijn aan de uitoefening van openbaar gezag, wat niet altijd op voorhand duidelijk zal zijn. Daarbij zij opgemerkt dat meestentijds wel is vast te stellen wanneer de betrokken handelingen worden verricht in het kader van de uitoefening van openbaar gezag. Bovendien is toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vooral gewenst bij de uitoefening van het openbaar gezag zelf. Dat neemt niet weg dat er situaties zijn waarin minder duidelijk zal zijn of de handeling samenhangt met openbaar gezag. Dit doet zich met name voor in de sfeer van het klachtrecht (Wet Nationale ombudsman).[123]

Ten slotte moet worden benadrukt dat de feitelijke handelingen en privaatrechtelijke handelingen die aan de uitoefening van openbaar gezag zijn gerelateerd, niet onder de competentie van de bestuursrechter vallen. Het betreft immers geen publiekrechtelijke rechtshandelingen, laat staan Awb-besluiten. De normering van genoemde handelingen kan dan (op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb en artikel 3:14 BW) worden gerealiseerd door de burgerlijke rechter.[124]

2.2.7 Bestuursorgaan: de private rechtspersoon of een orgaan daarvan?

De vraag rijst wat nu eigenlijk als bestuursorgaan wordt aangemerkt: de privaatrechtelijke rechtspersoon of een orgaan daarvan (bijvoorbeeld: het bestuur)? Een eenduidig antwoord op die vraag kan vooralsnog niet worden gegeven. Weliswaar spreekt de memorie van toelichting bij de eerste tranche Awb over 'organen van privaatrechtelijke rechtspersonen',[125] maar van een bewuste keuze lijkt evenwel geen sprake te zijn. Daarnaast laat de bestuursrechtelijke jurisprudentie een versnipperd beeld zien: er wordt willekeurig (vaak ook binnen een en dezelfde uitspraak) gesproken over een orgaan van de rechtspersoon dan wel over de rechtspersoon zelf.[126] De conclusie die uit de jurisprudentie kan worden afgeleid

121 Dit betekent ook dat het onderscheid tussen a-organen en b-organen in beginsel niet relevant is voor de bestuursrechtelijke *rechtsbescherming*. Voor beide geldt immers dat de bestuursrechter alleen bevoegd is voor zover zij besluiten nemen (art. 8:1 lid 1 Awb jo art. 1:3 lid 1 Awb). Zie Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2011, p. 64.

122 Zie daarover § 3.2.2.

123 Zie Zijlstra 2008, p. 23; Zijlstra 2009, p. 56; Peters & Zijlstra 2008, p. 123-125. Zie over de voor zover benadering in relatie tot het klachtrecht § 3.2.2.

124 Zie ook Peters & Zijlstra 2008, p. 124-125. Overigens wordt er in de literatuur wel voor gepleit om het besluitgerelateerde feitelijk handelen onder de competentie van de bestuursrechter te brengen. Zie Van Ommeren & Huisman 2013, m.n. p. 50-51, p. 95-96.

125 *PG Awb I*, p. 133.

126 Zie hierover Peters 2004, p. 78 en Peters 2005, p. 188. Sewandono heeft in 2006 de stelling ingenomen dat de Afdeling en de CRvB alleen nog het bestuur van de betrokken rechtspersoon aanmerken als bestuursorgaan (zie zijn noot onder *AB* 2006, 372). Bestudering van nadien verschenen jurisprudentie laat evenwel nog steeds een versnipperd beeld zien. Zo onderzocht de

is dat de bestuursrechter op dit punt nog geen bewuste en principiële keuze heeft gemaakt.

In de literatuur is geprobeerd om enige richting te geven aan de keuze die de rechter zou kunnen maken. Tegen de achtergrond van artikel 1:1 lid 1 sub a Awb (een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon) ligt het in de rede te kiezen voor een *orgaan* van de private rechtspersoon.[127] Dit ligt op het eerste gezicht ook voor de hand als een publiekrechtelijke bevoegdheid (op grond van een wettelijk voorschrift) expliciet wordt toegekend aan een orgaan van de privaatrechtelijke rechtspersoon.[128] Het toekennen van openbaar gezag aan een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon kan echter problemen opleveren met de interne organisatie van de rechtspersoon zoals die volgt uit de statuten, eventuele reglementen en Boek 2 BW. Zo wijst Peters erop dat het onderlinge verband tussen de verschillende organen binnen de rechtspersoon (bijvoorbeeld door benoemingsrechten, controlebevoegdheden, beleidsverantwoording en dergelijke) er toe kan leiden dat tussen die organen discussie ontstaat over de uitoefening van de *zelfstandige* publiekrechtelijke bevoegdheden van één of meer van deze organen. Ter voorkoming van deze complicaties lijkt het meer aangewezen de private rechtspersoon zélf als bestuursorgaan aan te merken. Het rechtspersonenrecht gaat er vanuit dat de rechtspersoon zelf drager van rechten en plichten is. De rechtspersoon handelt in het rechtsverkeer door middel van zijn organen. Wordt openbaar gezag toegekend aan de rechtspersoon, dan is het aan de interne organisatie van de rechtspersoon welk orgaan deze bevoegdheid namens de rechtspersoon zal uitoefenen. Met deze benadering wordt aldus de interne organisatie van de rechtspersoon – zoals die volgt uit de statuten, reglementen en Boek 2 BW – niet in het gedrang gebracht. Er kan immers geen conflict ontstaan over de uitoefening van een zelfstandige bevoegdheid van een van de organen nu de uitoefening van het openbaar gezag door het organisatorisch stelsel van de rechtspersoon wordt beheerst.[129] Bovendien sluit deze benadering aan bij het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht, dat ervan uitgaat dat de rechtspersoon zelf rechtssubject is.[130] Het wachten is nu op de bestuursrechter om de knoop – door middel van een principiële redenering – door te hakken.

Afdeling in ABRvS 1 november 2006, *JB* 2006, 324 of de *stichting* 'Stichting Archief van het Huis Oranje-Nassau' b-orgaan was. In ABRvS 11 oktober 2006, *AB* 2007, 81 (*JB* 2006, 321) wordt het *bestuur* van de Stichting Koppeling door de Afdeling aangemerkt als bestuursorgaan, terwijl zij in een latere uitspraak – onder verwijzing naar de uitspraak van 11 oktober 2006 – de Stichting Koppeling *als zodanig* als bestuursorgaan bestempelt (ABRvS 18 juni 2008, *AB* 2008, 235, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden). Wat betreft de CRvB kan worden gewezen op CRvB 31 maart 2006, *AB* 2006, 424 (m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Duijvenvoorde; *JB* 2006, 132, m.nt. NV) waarin de *rechtspersoon* Argonaut BV als bestuursorgaan werd aangeduid. Dat het CBb nog geen principiële keuze heeft gemaakt blijkt bijvoorbeeld uit CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257 (m.nt. N. Jak & E. Steyger).

127 Jansen onder *AB* 2003, 146; Peters 2004, p. 79; Scheltema & Scheltema 2013, p. 79-80 (voetnoot 157). Vergelijk ook Munneke 1981, p. 86 en Van der Burg 1968, p. 761-762.

128 Goorden 1990, p. 45-46.

129 Peters 2004, p. 79; Peters 2005, p. 188. Zie ook Overes 1995, p. 64-66.

130 Hennekens onder *Gst.* 1989 (6874), 4; Hennekens onder *AB* 1987, 298; Bökkerink 1998, p. 306; Jansen onder *AB* 2003, 146.

2.2.8 Conclusie

In deze paragraaf is ingegaan op de vraag in hoeverre semipublieke instellingen kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Het antwoord op die vraag is om meerdere redenen van belang. Zo is de bestuursrechter in beginsel bevoegd kennis te nemen van besluiten van bestuursorganen (art. 8:1 Awb jo art. 1:3 Awb). Daarnaast zijn bestuursorganen gebonden aan de materiële rechtsnormen van de Awb en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Artikel 1:1 lid 1 Awb bepaalt dat onder een bestuursorgaan wordt verstaan:

a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld,
of
b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

De Awb maakt derhalve een onderscheid tussen twee soorten bestuursorganen. Ten eerste zijn er de onder a genoemde klassieke bestuursorganen (ook wel a-organen genoemd), die hun hoedanigheid ontlenen aan een *formeel* (of: organisatorisch) criterium, namelijk het krachtens publiekrecht ingesteld zijn. Het gaat hier om organen van publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 2:1 BW. Ten tweede zijn er de zogenaamde b-organen, die gedefinieerd worden aan de hand van een *materieel* criterium. Bepalend is het bekleed zijn met enig openbaar gezag. Vanwege hun privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid kunnen semipublieke instellingen geen a-orgaan zijn. Wel kan een semipublieke instelling een b-orgaan zijn voor zover zij met enig openbaar gezag is bekleed.

Artikel 1:1 lid 1 aanhef onder b Awb definieert een bestuursorgaan als een persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. De woorden 'een persoon of college' hebben geen onderscheidende betekenis. Zij hebben betrekking op iedere entiteit, waaronder natuurlijke personen en (organen van) privaatechtelijke rechtspersonen.

Het criterium 'openbaar gezag' is ontleend aan de Wet AROB. Het criterium 'openbaar gezag' was in de Wet AROB bepalend voor de definitie van het begrip 'administratief orgaan'. De functie van het begrip administratief orgaan zag primair op de afbakening van de rechtsingang bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. Aansluiting in de Awb bij het criterium 'openbaar gezag' lag volgens de regering voor de hand, omdat het een zeer ruim geldingsbereik heeft. Bovendien heeft het volgens de regering als voordeel dat op hoofdpunten niet wordt afgeweken van een begrip dat al ingang heeft gevonden en dat blijkens de jurisprudentie niet tot veel vragen aanleiding heeft gegeven. Onbeantwoord is de vraag waarom de regering het criterium 'openbaar gezag' geschikt acht in het licht van de specifieke functies die het bestuursorgaanbegrip in de context van de Awb vervult. Het bestuursorgaanbegrip in de Awb beoogt, anders dan in de Wet AROB, niet alleen de bevoegdheid van de bestuursrechter af te bakenen, maar dient tevens ter afbakening van de toepasselijke materiële rechtsnormen van de Awb.

Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Awb is sprake van openbaar gezag als aan een orgaan een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten. De vraag rijst of het toegerust zijn met een overheids*taak* wel toegevoegde waarde heeft. Gebleken is dat voor het aannemen van openbaar gezag uiteindelijk bepalend is of sprake is van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Dat neemt niet weg dat de rechter soms oordeelt dat reeds vanwege het ontbreken van een overheidstaak geen sprake is van openbaar gezag. Hieruit volgt dat toch nog wel een zekere zelfstandige betekenis toekomt aan de overheidstaak.

Openbaar gezag ziet op de publiekrechtelijke bevoegdheid *tot het bepalen van de rechtspositie (rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten*. Dit houdt in dat in ieder geval sprake moet zijn van de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke *rechtshandeling*. Dat wil zeggen een handeling die is gericht op het tot stand brengen van rechtsgevolgen; ze is erop gericht verandering te brengen in de bestaande rechten en plichten van rechtssubjecten. Rechtshandelingen hebben niet alleen de rechtsgevolgen waarop zij zijn gericht, maar kunnen meer rechtsgevolgen hebben. Het kan zijn dat uit de aard van de handeling, uit de wet of het ongeschreven recht rechtsgevolgen voortvloeien waarop die rechtshandeling als zodanig niet is gericht. Openbaar gezag heeft alleen betrekking op rechtshandelingen die zelfstandig op rechtsgevolg zijn gericht. Indien de rechtsgevolgen rechtstreeks uit de wet voorvloeien en de handeling niet zelfstandig op die rechtsgevolgen is gericht, kan niet worden gesproken van een rechtshandeling. Voorts kan worden aangenomen dat ook publiekrechtelijke bevoegdheden tot (zelfstandig) *feitelijk handelen* openbaar gezag kunnen inhouden. Hoewel de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie daarover geen uitsluitsel bieden, wordt er in de literatuur vanuit gegaan dat openbaar gezag betrekking kan hebben op de publiekrechtelijke bevoegdheid tot (zelfstandig) feitelijk handelen. Daarnaast kan worden aangenomen dat openbaar gezag enkel betrekking heeft op de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het *eenzijdig* bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten. Meerzijdige rechtshandelingen vallen er buiten. Aanknopingspunten daarvoor kunnen worden gevonden in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak.

Uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat openbaar gezag kan worden verkregen (1) op grond van een wettelijk voorschrift, (2) wegens de uitoefening van een buitenwettelijke publieke taak ('Silicose-jurisprudentie') en (3) wegens overwegende overheidsinvloed op het beheer van de privaatrechtelijke rechtspersoon; als bij die rechtspersoon dan ambtenaren zijn aangesteld, is de rechtspersoon met openbaar gezag bekleed voor zover het gaat om handelingen jegens die ambtenaren.

De Silicose-rechtspraak vormt een voorzetting van AROB-jurisprudentie inzake buitenwettelijk openbaar gezag. Op grond van de Silicose-rechtspraak is sprake van openbaar gezag als een private rechtspersoon: (1) een publieke taak uitoefent; (2) de gelden waarmee hij zijn activiteiten financiert in overwegende mate van de overheid afkomstig zijn (financiële relatie); (3) de overheid invloed heeft – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de gelden worden

besteed (inhoudelijke relatie) en; (4) de activiteiten bestaan uit presterend bestuur, waardoor de private rechtspersoon als het ware fungeert als doorgeefluik tussen overheid en burger. Voldoende is dat het presterend bestuur bestaat uit het verstrekken van (op geld waardeerbare) voorzieningen. Opmerkelijk is dat het *materiële* publieke taak-criterium op zichzelf niet van betekenis lijkt te zijn. De nadruk ligt op de laatste drie criteria: financiële relatie, inhoudelijke relatie en presterend bestuur/doorgeefluik. Dit betekent dat men in het b-orgaanbegrip, dat wordt gedefinieerd aan de hand van een *materieel* criterium – namelijk: het bekleed zijn met enig openbaar gezag – *formele* (of: organisatorische) elementen is gaan opnemen (financiële relatie, inhoudelijke relatie). Wat betreft de inhoudelijke relatie kan worden opgemerkt dat de rechter niet alleen kijkt naar de invloed van de overheid op de taakvervulling (de besteding van overheidsgelden), maar ook naar de (institutionele) invloed van de overheid op de private rechtspersoon als zodanig (invloed op de samenstelling van het bestuur of betrokkenheid bij de oprichting van de rechtspersoon). Daardoor begint de inhoudelijke relatie sterke gelijkenissen te vertonen met het verkrijgen van openbaar gezag op grond van 'overwegende overheidsinvloed op het beheer'. Het oogmerk van de Silicose-rechtspraak is primair de toegang tot de bestuursrechter mogelijk te maken ten aanzien van handelingen van private rechtspersonen die strikt genomen buiten de competentie van de bestuursrechter vallen. Deze strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het oog op de bevoegdheid van de bestuursrechter brengt ook een uitbreiding van de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen met zich. In de literatuur is de Silicose-rechtspraak sterk bekritiseerd. Deze rechtspraak wordt in strijd geacht met het legaliteitsbeginsel. Daarnaast leidt zij, vanwege de vaagheid van de Silicose-criteria, tot rechtsonzekerheid. De Silicose-criteria – met name het publieke taak-criterium – zijn ongeschikt om te dienen ter afgrenzing van de bevoegdheid van de bestuursrechter. Bovendien komt de herkenbaarheid van de overheid in het gedrang.

Het criterium van overwegende overheidsinvloed is formeel (of: organisatorisch) van aard. Dit betekent dat ook hier het b-orgaanbegrip, dat wordt gedefinieerd aan de hand van een materieel criterium (openbaar gezag), bepaald wordt door *formele* (of: organisatorische) criteria. Het criterium van overwegende overheidsinvloed speelt in het kader van het b-orgaanbegrip alleen een rol in ambtenaarrechtelijke verhoudingen. In een uitspraak over het Friesch Paarden-Stamboek lijkt het College van Beroep voor het bedrijfsleven echter een ruimere toepassing te geven aan dit criterium. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of het CBb hier daadwerkelijk een nieuwe weg is ingeslagen.

Een b-orgaan is slechts bestuursorgaan *voor zover* zij is bekleed met openbaar gezag; daarbuiten niet. Dit betekent niet dat slechts de publiekrechtelijke rechtshandelingen dan wel publiekrechtelijke feitelijke handelingen onder de normerende werking van de Awb vallen. Ook de privaatrechtelijke en feitelijke handelingen die daarmee *samenhangen* worden geacht daaronder te vallen. Dit gaat echter niet op met betrekking tot de bevoegdheid van de bestuursrechter. Die is alleen bevoegd kennis te nemen van handelingen van semipublieke instellingen, voor zover het de uitoefening van openbaar gezag betreft inhoudende een besluit in

de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, dat wil zeggen: een schriftelijke beslissing inhoudende een *publiekrechtelijke rechtshandeling*.

De vraag is wat nu eigenlijk als bestuursorgaan orgaan wordt aangemerkt: de privaatrechtelijke rechtspersoon of een orgaan daarvan (bijvoorbeeld: het bestuur)? Uit de jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter op dit punt nog geen bewuste en principiële keuze heeft gemaakt. In de literatuur wordt bepleit aansluiting te zoeken bij de rechtspersoon, omdat daarmee de interne organisatie van de rechtspersoon – zoals die volgt uit de statuten, reglementen en Boek 2 BW – zo min mogelijk in het gedrang wordt gebracht.

2.3 Niet-bestuursorganen

2.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is gebleken dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in ieder geval van toepassing zijn op semipublieke instellingen voor zover zij kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van de Awb. In deze paragraaf staat de vervolgvraag centraal in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op semipublieke instellingen die *niet* als bestuursorgaan kunnen worden gekwalificeerd.

Ter beantwoording van die vraag wordt hierna nagegaan in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur *direct* van toepassing zijn op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Daartoe wordt dieper ingegaan op de betekenis van artikel 3:14 BW, welk artikel bepaalt dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur *indirect*, via de open normen van het BW, worden toegepast op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Ten slotte wordt bezien in hoeverre er sprake is van *congruentie* tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke normen ten aanzien van het handelen van semipublieke instellingen. Dat wil zeggen, dat wordt nagegaan in hoeverre de burgerlijke rechter de open normen van het BW zo invult dat die normen vergelijkbaar zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de rechter niet expliciet aan die publiekrechtelijke beginselen refereert.

2.3.2 Artikel 3:14 BW

2.3.2.1 Inleiding

De vraag is of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook direct van toepassing zijn op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Een antwoord op die vraag kan worden gezocht bij de interpretatie van artikel 3:14 BW.[131] Dit artikel bepaalt dat *een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk*

131 Wet van 22 november 1991, *Stb.* 1991, 600. Inwerkingtreding 1 januari 1992.

recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Zoals hierna duidelijk zal worden, blijkt uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie dat artikel 3:14 BW zo moet worden uitgelegd dat het privaatrechtelijk optreden van de overheid op grond van dit artikel is onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[132] Artikel 3:14 BW heeft niet de bedoeling ook particulieren aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te binden.

Voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (via artikel 3:14 BW) is derhalve bepalend of sprake is van *overheid* of niet. Dit roept de vraag op aan de hand van welke criteria het begrip overheid hier wordt afgebakend. Vallen daar ook *niet*-bestuursorganen onder? Die vraag is voor het eerst uitdrukkelijk aan de orde gekomen in het door de Hoge Raad gewezen arrest *RZG/Comformed*,[133] waarop hierna dieper wordt ingegaan.

2.3.2.2 Achtergrond van artikel 3:14 BW

De reden om artikel 3:14 BW in de wet op te nemen lag aanvankelijk niet in het normeren door middel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van privaatrechtelijk overheidshandelen. Naar aanleiding van het ontwerp Meijers was de bepaling oorspronkelijk opgenomen in artikel 9 van het wetsontwerp tot vaststelling van de Inleidende Titel van het Nieuw BW. Volgens Meijers worden bevoegdheden die iemand krachtens het burgerlijke recht heeft op grond van dit artikel vanzelfsprekend beperkt door beperkingen die een *wettelijke* oorsprong hebben. Wat betreft beperkingen die voortvloeien uit *ongeschreven* publiekrecht is dat wat hem betreft minder vanzelfsprekend. In dit verband wijst hij op het arrest *Hooge Zeedijk*[134] waarin de Hoge Raad volgens Meijers een dergelijke beperking op grond van het *ongeschreven recht* erkent.[135] De uitkomst van dit arrest is dat Van Stolk moet gedogen dat een derde in opdracht van het Hoogheemraadschap een aan Van Stolk toebehorend deel van een dijk verzwaart: een beperking van zijn eigendom dus. Het betreft hier een gedoogplicht die is gebaseerd op een ongeschreven rechtsregel. Blijkens de memorie van antwoord bij voornoemd wetsontwerp is het volgens de regering 'gewenst deze rechtspraak in een wetsbepaling vast te leggen, omdat dit standpunt niet algemeen wordt gedeeld.'[136] De bedoeling van artikel 9 van de Inleidende Titel was uitdrukkelijk om de leer van het arrest

---

132 Door verschillende auteurs wordt aangenomen dat op grond van artikel 3:14 BW ook de *grondrechten* van toepassing zijn op het privaatrechtelijk overheidshandelen. Zie Kobussen 1991, p. 175-176; Van der Veen 1997, p. 396; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 536. Dat de overheid aan de grondrechten gebonden is als zij privaatrechtelijk handelt blijkt ook uit *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15; HR 26 april 1996, *AB* 1996, 372, (*Rasti Rostelli*; m.nt. ThGD; *JB* 1996, 159, m.nt. HJS).

133 HR 4 april 2003, *AB* 2003, 365 (m.nt. Van Ommeren; *JB* 2003, 121, m.nt. Peters; *NJ* 2004, 35, m.nt. Van den Berg; *RZA* 2003, 155, m.nt. De Groot).

134 HR 12 januari 1923, *NJ* 1923, p. 307. Zie voor een bespreking van dit arrest Van der Veen 1997, p. 264-267.

135 *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1052.

136 De memorie verwijst daarbij naar Scheltema die kritiek had op het arrest *Hooge Zeedijk*. Zie Scheltema 1932, p. 126-128.

Hooge Zeedijk te codificeren.[137] Door middel van dit artikel werd derhalve duidelijk gemaakt dat een burger een beperking op zijn burgerrechtelijke rechten moet dulden wanneer die beperking zijn grondslag vindt in ongeschreven publiekrecht.

> Volgens Van der Veen 1997, p. 264-267 gaat de regering echter uit van een onjuiste lezing van het arrest *Hooge Zeedijk*. Het wetsvoorstel sluit aan bij de interpretatie die Scheltema destijds gaf van het arrest. Volgens Scheltema 1932, p. 128 had de Hoge Raad een beperking van burgerrechtelijke bevoegdheden aangenomen op grond van een ongeschreven rechtsregel die *niet voortvloeit* uit het geschreven recht. Daarin kon hij zich niet vinden; er kon geen ongeschreven rechtsregel bestaan los van het geschreven recht (in casu: reglement en keur en andere gebods- en verbodsbepalingen ter handhaving van de publieke bestemming van een dijk). De regering was het niet eens met de kritiek van Scheltema, maar nam daardoor wel zijn interpretatie van het arrest tot uitgangspunt: een burgerrechtelijke bevoegdheid kan worden beperkt op grond van een ongeschreven rechtsregel die geen basis heeft in de wet. Het was die interpretatie die de regering beoogde te codificeren. Daarmee werd aldus Van der Veen een onjuiste interpretatie van het arrest *Hooge Zeedijk* in de wet vastgelegd. Volgens Van der Veen werd de ongeschreven rechtsregel namelijk, in tegenstelling tot wat Scheltema beweerde, door de Hoge Raad wel degelijk *afgeleid* uit de wet: uit de *inrichting* van de waterschappen worden door de Hoge Raad bevoegdheden van ongeschreven waterstaatsrecht afgeleid, aldus Van der Veen die voor zijn lezing steun vindt in de literatuur.

Het wetsontwerp tot vaststelling van de Inleidende Titel van het Nieuw BW werd uiteindelijk ingetrokken, omdat een aantal artikelen uit het ontwerp op veel weerstand stuitte. Artikelen die nauwelijks weerstand vonden, waaronder artikel 9, werden overgebracht naar de eerste titel van Boek 3 BW. Artikel 9 werd in iets gewijzigde vorm opgenomen in artikel 3.1.1.15 Nieuw Burgerlijk Wetboek (het huidige artikel 3:14 BW).[138]

Vanaf dat moment krijgt de regel dat 'een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht' een ruimere betekenis. Aanvankelijk had de regering vooral het oog op *de burger* als normadressaat van deze regel. Dat is onder artikel 3.1.1.15 NBW ook nog wel het geval,[139] maar de regering ziet nu ook uitdrukkelijk *de overheid* als normadressaat van deze bepaling. Artikel 3.1.1.15 zal volgens de regering als kapstok kunnen dienen voor de rechtspraak van de burgerlijke rechter die in de richting gaat van toetsing van het privaatrechtelijke optreden van de overheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Met andere woorden: bij de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden is

137 *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1053.

138 *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1051.

139 In de memorie van toelichting werd nogmaals aangegeven dat de inhoud van dit artikel was geïnspireerd op het arrest *Hooge Zeedijk*. Daarnaast is in de memorie van antwoord te lezen dat '(...) het artikel op alle geschreven en ongeschreven publiekrecht ziet, waardoor een privaatrechtelijke bevoegdheid (...) van een particulier kan worden beperkt.' *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1053 en p. 1055.

de overheid via dit artikel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

> De memorie van toelichting: 'Enerzijds is het belang van publiekrechtelijke beperkingen van privaatrechtelijke bevoegdheden sedert het ontwerpen van de Inleidende titel sterk toegenomen in verband met de toetsing door de burgerlijke rechter aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur ingeval het de overheid is, die de betreffende privaatrechtelijke bevoegdheid uitoefent. Men zie HR 13 maart 1981, RvdW 1981, nr. 44, en 24 april 1981, RvdW 1981, nr. 65. Het onderhavige artikel zal in de toekomst voor deze rechtspraak als "kapstok" kunnen dienen.'[140]
>
> De memorie van antwoord: 'Inderdaad stelt dit artikel onder meer buiten twijfel dat de overheid ook bij de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In zoverre vormt het, zoals in de memorie van toelichting reeds aangestipt, tevens een kapstok voor de huidige rechtspraak op dit punt, die in dezelfde richting gaat.'[141]
>
> 'Om misverstand te voorkomen wordt er tot slot de aandacht op gevestigd dat het artikel op alle geschreven en ongeschreven publiekrecht ziet, waardoor een privaatrechtelijke bevoegdheid van de overheid (...) kan worden beperkt.'[142]

Al voordat artikel 3:14 BW in werking treedt in 1992 oordeelt de Hoge Raad in het arrest *Amsterdam/Ikon*[143] expliciet dat de overheid bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De interpretatie die de regering tijdens de parlementaire behandeling heeft gegeven van artikel 3:14 BW wordt voor het eerst bevestigd in het arrest *Zeeland/Hoondert*.[144] In dit arrest verwijst de Hoge Raad voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk overheidsoptreden namelijk uitdrukkelijk naar artikel 3:14 BW.

Het is van belang op te merken dat artikel 3:14 BW niet de bedoeling heeft om ook *particulieren* te binden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die gedachte zou op kunnen komen bij lezing van de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis:

> 'Om misverstand te voorkomen wordt er tot slot de aandacht op gevestigd dat het artikel op alle geschreven en ongeschreven publiekrecht ziet, waardoor een privaatrechtelijke bevoegdheid van de overheid of van een particulier kan worden beperkt.'[145]

140 *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1053-1054.
141 *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1054.
142 *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1055.
143 HR 27 maart 1987, *AB* 1987, 273 (m.nt. FHvdB).
144 HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (m.nt. MS).
145 *PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1055.

Deze passage heeft wat betreft particulieren niet het oog op de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur,[146] maar bevestigt slechts het leerstuk van het arrest *Hooge Zeedijk* dat inhoudt dat een burger een beperking op zijn burgerrechtelijke rechten moet dulden wanneer die beperking zijn grondslag vindt in ongeschreven publiekrecht.

2.3.2.3 RZG/Comformed

De vraag rijst aan de hand van welke criteria de reikwijdte van het begrip overheid in de zin van artikel 3:14 BW wordt afgebakend. Op deze vraag geeft de parlementaire geschiedenis geen antwoord. Voor het eerst in het arrest *RZG/Comformed*[147] komt deze vraag uitdrukkelijk aan de orde. De centrale vraag in dit arrest is of het ziekenfonds RZG Zorgverzekeraar UA, een onderlinge waarborgmaatschappij, bij de aanbesteding van medische hulpmiddelen (in casu: wasbare onderleggers) gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend en overweegt daartoe:

> '3.4.2
> Bij de beoordeling van het onderdeel moet worden vooropgesteld dat (i) een ziekenfonds als RZG niet is aan te merken als een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld als bedoeld in art. 1:1 lid 1 onder a Awb, (ii) slechts sprake is van een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onder b Awb in de gevallen waarin een (rechts)persoon een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent die hem is toegekend voor de vervulling van hem opgedragen overheidstaken, en (iii) een ziekenfonds als RZG bij het inkopen van medische hulpmiddelen geen publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent.
>
> 3.4.3
> Het hof heeft zijn oordeel dat RZG gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in het licht van het hiervoor in 3.4.2 overwogene terecht – niet doen steunen op het in art. 1:1 Awb bepaalde, doch het heeft daarvoor bepalend geacht dat ziekenfondsen als specifiek doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. Deze omstandigheden brengen echter niet mee dat de onderhavige inkoopactiviteiten van RZG, die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst, wel kunnen worden aangemerkt als handelingen waarvoor (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden. Voorzover het onderdeel zich tegen dit oordeel richt, is het dan ook gegrond. (...).'

De Hoge Raad knoopt aan bij het bestuursorgaanbegrip uit de Awb. Bij het inkopen van medische hulpmiddelen oefent RZG geen openbaar gezag uit en kan het derhalve niet als bestuursorgaan worden beschouwd. Het ziekenfonds kan dus niet op die grond gebonden worden aan de algemene beginselen van behoorlijk

146 Schreuder 1994, p. 144-145. Zie ook Zijlstra 2008, p. 57.

147 HR 4 april 2003, *AB* 2003, 365 (m.nt. Van Ommeren; *JB* 2003, 121, m.nt. Peters; *NJ* 2004, 35, m.nt. Van den Berg; *RZA* 2003, 155, m.nt. De Groot).

bestuur. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat het voorzien in behoeften van algemeen belang en hoofdzakelijke financiering door de overheid niet tot toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen leiden. Wellicht kunnen andere omstandigheden daartoe wel aanleiding geven, maar dat valt uit de overwegingen van de Hoge Raad niet af te leiden.[148]

De vraag *waarom* de Hoge Raad aansluiting heeft gezocht bij het bestuursorgaanbegrip wordt door de Hoge Raad niet beantwoord. Hij had een eigen overheidsbegrip onder artikel 3:14 BW kunnen ontwikkelen. Artikel 3:14 BW sluit dat geenszins uit. Er staat namelijk 'iemand' in artikel 3:14 BW en de parlementaire geschiedenis spreekt over 'overheid' en niet over 'bestuursorgaan'.[149] Niet is uitgesloten dat de Hoge Raad heeft geredeneerd vanuit de harmonisatie en systematiseringsgedachte van de Awb.[150] Op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb zijn bestuursorganen bij het verrichten van andere handelingen dan het nemen van Awb-besluiten gebonden aan enkele in de Awb gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur (afdelingen 3.2 tot en met 3.4). Gelet hierop ligt het in de rede dat in ieder geval *bestuursorganen* publiekrechtelijk genormeerd worden via artikel 3:14 BW.[151] In dit verband dringt zich de vraag op welke betekenis hierbij toekomt aan de Silicose-jurisprudentie. Dat is (nog) niet helder. Toepassing van de Silicose-jurisprudentie in de context van artikel 3:14 BW is niet zonder meer vanzelfsprekend, omdat de Silicose-jurisprudentie in de context van de Awb primair tot doel heeft om bestuursrechtelijke *rechtsbescherming* mogelijk te maken. Bij artikel 3:14 BW gaat het evenwel om de toepasselijkheid van materiële rechtsnormen.

Een andere vraag is waarom de Hoge Raad het voorzien in behoeften van algemeen belang en/of het bekostigd worden door de overheid niet bepalend acht voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het oordeel van de Hoge Raad is mogelijk ingegeven door de conclusie van A-G Langemeijer. De A-G acht het criterium van *het voorzien in behoeften van algemeen belang* geen geschikt criterium. Hij overweegt:

> 'Talrijke maatschappelijke organisaties (op het gebied van bijzonder onderwijs, mensenrechten, milieubescherming of maatschappelijk werk enz.) hebben tot doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, ook in aangelegenheden die de overheid zich mede heeft aangetrokken. Dat maakt het nog niet wenselijk al deze organisaties te onderwerpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: elke beslissing zou getoetst moeten worden aan het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel enzovoort. (...)'[152]

148 Vergelijk Rb. Den Haag 28 april 1993, *Gst.* 1993 (6974), 4 (m.nt. Hennekens), waarin de rechter de taak van de Stichting Toerisme Den Haag, die niet over enig openbaar gezag beschikte, aanmerkte als een publiekrechtelijke en overwoog dat die taak daarom dient te worden beoordeeld naar dezelfde beginselen als welke voor de overheid gelden. Zie hierover Schreuder 1994, p. 158-159 en (kritisch) Zijlstra 1997, p. 167.

149 Zijlstra 2008, p. 58.

150 Zie § 2.2.1 en § 15.3.

151 Vergelijk Zijlstra 2008, p. 88.

152 Conclusie overweging 3.9.

Over het *bekostigingscriterium* schrijft de A-G dat maatschappelijke organisaties niet 'om die reden optreden als een verlengde arm van de overheid'. In dit verband wijst de A-G tevens op het feit dat 'het parlement de wijze van bekostiging niet als criterium voor de toepasselijkheid van de Awb heeft willen aanvaarden.'[153]

2.3.2.4 Conclusie

In deze paragraaf is nagegaan of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Ter beantwoording van die vraag is ingegaan op de betekenis van artikel 3:14 BW. Uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat dit artikel zo moet worden uitgelegd dat het privaatrechtelijk optreden van de overheid op grond van artikel 3:14 BW is onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit artikel heeft niet de bedoeling ook particulieren aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te binden. De vraag is wat in de context van artikel 3:14 BW wordt verstaan onder het concept 'overheid'. In het arrest *RZG/Comformed* zoekt de Hoge Raad aansluiting bij het bestuursorgaanbegrip uit de Awb, maar waarom blijft in het midden. Het enkel voorzien in behoeften van algemeen belang en hoofdzakelijke financiering door de overheid kunnen daarentegen niet tot toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur leiden. Voor semipublieke instellingen betekent dit dat zij alleen direct aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gebonden voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb).

2.3.3 Indirecte toepassing via open normen van het BW

Geen rechtspraak is aangetroffen waarin de rechter de inhoud van de open normen van het BW expliciet inkleurt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waardoor deze beginselen als het ware indirect op een semipublieke instelling – niet zijnde een bestuursorgaan – worden toegepast. Dat is op zichzelf niet zo opmerkelijk, als men bedenkt dat uit het arrest *RZG/Comformed* volgt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alleen voor bestuursorganen gelden. Het springt in het oog dat de Hoge Raad het handelen van RZG in het genoemde arrest niettemin, over de band van de redelijkheid en billijkheid, toetst aan het gelijkheidsbeginsel. De omstandigheid dat RZG, hoewel de Europese richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen daartoe niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht volgens de Hoge Raad mee dat RZG gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen.[154] Hier vindt aldus indirecte toepassing plaats – annotator De Groot

153 Conclusie overweging 3.9.

154 R.o. 3.4.4. Zie ook HR 3 mei 2013, *RvdW* 2013, 660; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4715.

spreekt van 'reflexwerking' – van het gelijkheidsbeginsel als *algemeen beginsel van aanbestedingsrecht*.

2.3.4 *Congruentie tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke normen*

Het kan zo zijn dat de burgerlijke rechter de open normen van het BW zo invult dat die normen vergelijkbaar zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de rechter niet expliciet aan die beginselen refereert. In dat geval is geen sprake van directe of indirecte toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar hooguit van *congruentie* tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen. Privaatrechtelijke rechtsvinding leidt aldus tot bescherming van *waarden* die ook in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot uitdrukking komen.[155] Met andere woorden: de burgerlijke rechter kan door gebruikmaking van het privaatrecht tot een vergelijkbaar (beschermings) niveau komen als bij toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het geval zou zijn. De vraag rijst in hoeverre een dergelijke congruentie plaatsvindt, indien ter uitvoering van een maatschappelijk of publiek belang wordt opgetreden.[156] Hieronder volgen enkele voorbeelden uit de jurisprudentie.

In het arrest *Binderen/Kaya*[157] wordt het handelen van een woningcorporatie getoetst aan het *gelijkheidsbeginsel*. Volgens de president van de rechtbank – wiens oordeel bij de Hoge Raad niet meer ter discussie stond – maakt woningbouwvereniging Binderen, die tot taak heeft het verhuren van woningen, zich schuldig aan discriminatie en handelt zij onrechtmatig in de zin van artikel 1401 BW (oud) indien zij bij die verhuur buitenlandse woningzoekenden enkel op grond van hun afkomst bij Nederlandse woningzoekenden achterstelt. De vraag rijst op grond waarvan Binderen in casu gehouden is zich van discriminatie te onthouden. Volgens de president kan het discriminatieverbod worden beschouwd als 'beginsel van ongeschreven Nederlands privaatrecht', waaraan Binderen gebonden is vanwege onder meer het feit dat Binderen 'diensten en handelingen verricht, c.q. goederen verschaft, waarmede een algemeen belang is gediend en gemoeid, weshalve het optreden van gedaagde tot op zekere hoogte in effect met overheidshandelen gelijk is te stellen.'[158] Met andere woorden, op grond van het algemeen belang dat de woningbouwvereniging behartigt, is zij in de horizontale relatie met (potentiële) huurders gehouden aan het gelijkheidsbeginsel zoals dat tot uitdrukking komt in het privaatrecht en kan worden ingelezen in de bepalingen uit het BW

155 Zie Zijlstra 2008, p. 57-58.

156 Zie Van Ommeren 2003, p. 151; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 73.

157 HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 687 (m.nt. EAA).

158 Vergelijk HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 873 (m.nt. P.A. Stein). Hierin oordeelde de Hoge Raad dat een woningbouwvereniging zich slechts op een in een huurovereenkomst opgenomen huisdierenverbod mag beroepen als dat geen ongelijke behandeling oplevert. Ook hier is de vraag waarom op de woningcorporatie de verplichting tot gelijke behandeling rust. De Hoge Raad laat zich daarover niet uit. Het lijkt erop dat de Hoge Raad van belang acht dat de verhuurder een woningbouwvereniging is – de Hoge Raad spreekt immers over 'een verhuurder als de onderhavige' – maar zeker is dat niet. In deze zin: Stein in de noot bij het arrest.

over de onrechtmatige daad. Het gaat hier dus uitdrukkelijk niet om directe dan wel indirecte toepassing van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel, wordt in dit geval gekwalificeerd als privaatrechtelijk beginsel.[159]

Een ander voorbeeld, waarin eveneens aan het gelijkheidsbeginsel wordt getoetst, betreft het arrest *Kuunders*.[160] Boer Kuunders klaagt dat enkele milieustichtingen alleen tegen hem procederen en niet ook tegen andere boeren. De Hoge Raad verwerpt dit beroep; de stichtingen treden wel degelijk op tegen andere intensieve veehouders.[161] In wezen wordt hier het privaatrechtelijke leerstuk van 'misbruik van procesbevoegdheid' ingevuld met het gelijkheidsbeginsel.[162] De vraag is ook hier waardoor de toets aan het gelijkheidsbeginsel wordt gerechtvaardigd. Het antwoord op die vraag blijkt niet uit het arrest. Mogelijk wordt de rechtvaardiging gevonden in het *algemeen belang* dat de milieustichtingen behartigen. Vergelijk in dit verband de overwegingen van A-G Koopmans waarin hij stelt dat overheidsorganen en particuliere organisaties in het algemeen niet vergelijkbaar zijn. Echter, 'juist in zaken als de onderhavige, waar die organisaties dank zij de Nieuwe-Meerjurisprudentie voor de burgerlijke rechter kunnen optreden tot behoud van het milieu, bestaat (...) wel een zekere mate van vergelijkbaarheid: de organisaties treden op in het algemeen belang, zij treden voor dezelfde belangen in het krijt als die welke door de overheid worden behartigd', aldus de A-G.[163]

Het behartigen van een publiek belang speelt ook een rol in het kader van de *bijzondere zorgplicht van de bank*. Die houdt voor de bank de verplichting in de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.[164] Deze zorgplicht vloeit voort uit de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).[165] De standaardoverweging van de Hoge Raad omtrent de bijzondere zorgplicht luidt als volgt:

> '[E]en bank die van haar particuliere cliënten opdrachten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt [is] als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. Deze zorgplicht – die naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht (...) vloeit voort uit hetgeen de eisen van

159 Vergelijk Gerards 2002, p. 533.

160 HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 (*Kuunders*; m.nt. Brunner; m.nt. Scheltema; *Gst.* 1993 (6970), 5, m.nt. Damen).

161 R.o. 4.1.4.

162 Zie Schreuder 1994, p. 149.

163 Randnummer 16.

164 Zie hierover uitgebreid met verwijzingen naar relevante jurisprudentie en literatuur Cherednychenko 2011, p. 121-145.

165 Dan wel de maatschappelijke betamelijkheid. Vergelijk HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 683; HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684; HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 685, al wordt de grondslag voor de bijzondere zorgplicht in deze arresten niet geheel helder. Zie Cherednychenko 2011, p. 125; Van Ommeren 2011, p. 27.

redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen.'[166]

De omvang van de bijzondere zorgplicht is in de rechtspraak nader geconcretiseerd. Kort gezegd houdt de zorgplicht in dat de bank de cliënt dient te waarschuwen voor de risico's die hij loopt, een onderzoek moet doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de cliënt en, wanneer die ontoereikend is, dient de bank de cliënt te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan.[167] De invulling van de bijzondere zorgplicht wordt mede beïnvloed door de zorgverplichtingen uit de financiële toezichtswetgeving.[168]

De doelstelling van de bijzondere zorgplicht is primair gericht op de bescherming van de individuele belangen van de (potentiële) cliënten. Daarnaast dient de bijzondere zorgplicht indirect ook het publieke belang van het adequaat functioneren van de financiële markten, dat zonder vertrouwen van de cliënten niet kan worden gerealiseerd.[169]

De vraag rijst op grond waarvan de bank aan de bijzondere zorgplicht gehouden is. Een belangrijke factor is dat de bank kan worden beschouwd als 'maatschappelijk instituut'; een instelling die een maatschappelijke functie vervult.[170] De bank kan niet worden beschouwd als een gewone onderneming. De financiële diensten die de bank aanbiedt, zijn essentieel voor het maatschappelijke verkeer.[171] Een andere factor is gelegen in het feit dat de bank als professionele en bij uitstek deskundig te achten dienstverlener een grote voorsprong heeft op niet-professionele cliënten in kennis en ervaring ten aanzien van financiële producten en diensten.[172]

De bijzondere zorgplicht van de bank brengt met zich dat de bank niet zijn eigen belang voorop moet stellen, maar het belang van de cliënt en, in het verlengde daarvan, het publieke belang van de goede werking van de financiële markten. De bijzondere zorgplicht heeft aldus raakvlakken met een gelijksoortige norm als het materiële zorgvuldigheidsbeginsel dat in het bestuursrecht zijn grondslag heeft gekregen in artikel 3:4 Awb. Er vindt, met andere woorden, in zekere zin

166 HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*; m.nt. Du Perron), r.o. 3.6.3. Zie meer recent HR 8 februari 2013, *AA* 2013, p. 755-761 (m.nt. Van Boom).

167 Cherednychenko 2011, p. 130-131.

168 Zie over de verhouding tussen de zorgplichten uit de financiële toezichtswetgeving en de ongeschreven privaatrechtelijke zorgplicht Cherednychenko 2011, p. 135-139.

169 Zie Van Ommeren 2011, p. 42-43; Cherednychenko 2011, p. 128-129.

170 Zie uitdrukkelijk HR 9 januari 1998, *JOR* 1998, 116 (m.nt. S.C.J.J. Kortmann), r.o. 3.6.2. Vergelijk Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255, waarin de rechtbank bij de vraag in hoeverre de maatschappelijke zorgvuldigheid grenzen stelt aan het opleggen van een collectief horecaverbod, belang toekent aan de maatschappelijke functie die de horecagelegenheden vertegenwoordigen.

171 Cherednychenko 2011, p. 128; Van Baalen 2006, p. 119. Vergelijk ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 195: 'De zorgplichten berusten op de maatschappelijke positie van (...) de bank. Die positie brengt een *vertrouwen* met zich: het publiek moet erop mogen vertrouwen dat die positie wordt ingezet om de betreffende belangen van het publiek te beschermen. De institutie is immers op die belangen gericht (en niet op het louter vervullen van opdrachten).'

172 Cherednychenko 2011, p. 128. Zie ook de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.6.3 uit HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*; m.nt. Du Perron).

congruentie plaats tussen de normen die voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke zorgvuldigheid enerzijds en het bestuursrechtelijke materiële zorgvuldigheidsbeginsel anderzijds.

Het verdient opmerking dat naast het behartigen van een publiek belang, ook andere factoren de inhoud van privaatrechtelijke normen publiekrechtelijk kunnen kleuren. Te denken valt aan de factor *macht*. In de laatste decennia is de burgerlijke rechter in toenemende mate gaan differentiëren naar de hoedanigheid van partijen, waardoor de wederpartij van een machtige (rechts)persoon, bijvoorbeeld een monopolist, steeds meer wordt beschermd. De open normen van het privaatrecht bieden de ruimte om rekening te houden met de machtspositie van een private instelling, die daardoor aan bijzondere eisen van zorgvuldigheid kan worden gebonden vergelijkbaar met de beginselen uit het publiekrecht.[173]

De congruentie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normen brengt met zich dat het onderscheid tussen beide normen wordt gerelativeerd. Dit roept de vraag op wat (nog) de relevantie is van het onderscheid tussen publiekrechtelijke normen enerzijds en privaatrechtelijke normen anderzijds.[174] De toegevoegde waarde van de publiekrechtelijke norm is er vooral in gelegen dat een meer gedifferentieerde en nauwkeurige aanduiding van de toepasselijke rechtsnorm mogelijk is. Zo zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uitgekristalliseerde normen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid.[175]

2.3.5 Conclusie

In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op semipublieke instellingen die *niet* als bestuursorgaan kunnen worden gekwalificeerd. Ter beantwoording van die vraag is ten eerste nagegaan in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur *direct* van toepassing zijn op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Daartoe is ingegaan op de betekenis van artikel 3:14 BW. Uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat dit artikel zo moet worden uitgelegd dat het privaatrechtelijk optreden van de overheid op grond van artikel 3:14 BW is onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit artikel heeft niet de bedoeling ook particulieren aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te binden. De vraag is wat in de context van artikel 3:14 BW wordt verstaan onder het concept 'overheid'. In het arrest *RZG/Comformed* zoekt de Hoge Raad aansluiting bij het bestuursorgaanbegrip uit de Awb, maar waarom blijft in het midden. Het enkel voorzien in behoeften van algemeen belang en hoofdzakelijke

173 Zie Hijma e.a. 2010, p. 16-18; Tjittes 1994; De Hoon 2008; Schreuder 1994, p. 129-130, p. 132; *PG Awb I*, p. 189; Zijlstra 2008, p. 57-58, p. 87-88.

174 Vergelijk Schreuder 1994, p. 129-135; Van Ommeren 2003, p. 151; Droogleever Fortuijn 1979, p. 39-47; Snijders 1988, p. 57; Vranken 1988, p. 27; Duk 1978, p. 568; Van Gerven 1983, p. 1-18.

175 Van Ommeren 2003, p. 151; Van Ommeren onder *AB* 2003, 365 (randnummer 2); Tjittes 1994, p. 40; Vergelijk Schreuder 1994, p. 132.

financiering door de overheid kunnen daarentegen niet tot toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur leiden. Voor semipublieke instellingen betekent dit dat zij alleen direct aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gebonden voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb).

Verder is geen rechtspraak aangetroffen waarin de rechter de inhoud van de open normen van het BW expliciet inkleurt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waardoor deze beginselen als het ware *indirect* op een semipublieke instelling – niet zijnde een bestuursorgaan – worden toegepast. Tegen de achtergrond van het arrest *RZG/Comformed* is dat niet opmerkelijk.

Het komt echter wél voor dat de burgerlijke rechter de open normen van het BW zo invult dat die normen vergelijkbaar zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de rechter niet expliciet aan die publiekrechtelijke normen refereert (*'congruentie'*). Bepalende factoren daarbij zijn blijkens de jurisprudentie het bekleden van een machtspositie door een semipublieke instelling dan wel het behartigen van een publiek belang. Op deze manier kan de burgerlijke rechter door gebruikmaking van het privaatrecht tot een vergelijkbaar (beschermings)niveau komen als bij toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het geval zou zijn.

2.4 Rode draad

2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail aan de materiële normen van de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gebonden en in hoeverre tegen hun handelen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

2.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

Voor de toepasselijkheid van de materiële normen van de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de bevoegdheid van de bestuursrechter is bepalend of een woningcorporatie al dan niet als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb kan worden aangemerkt. Of een woningcorporatie een bestuursorgaan is, hangt af van het antwoord op de vraag of zij met openbaar gezag is bekleed. Daarvoor is bepalend of zij beschikt over de bevoegdheid tot het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen of publiekrechtelijke feitelijke handelingen.

Woningcorporaties beschikken niet over openbaar gezag op grond van een wettelijk voorschrift. Hoewel woningcorporaties een publiek belang behartigen (het volkshuisvestingsbelang) dat tot uitdrukking komt in de Grondwet, de Woningwet

en het BBSH, beschikken zij daarvoor niet over een exclusieve wettelijke bevoegdheid tot feitelijk handelen of het verrichten van rechtshandelingen.[176]

Daarnaast voldoen woningcorporaties niet aan alle Silicose-criteria. Weliswaar behartigen woningcorporaties als gezegd een publiek belang, namelijk het volkshuisvestingsbelang. Betwijfeld kan echter worden of woningcorporaties in overwegende mate door de overheid worden gefinancierd.[177] Zij ontvangen hun gelden enerzijds uit huuropbrengsten en de ontwikkeling, bouw en verkoop van onroerend goed en anderzijds uit overheidssteun. Wat de precieze verhouding is tussen beide verschilt per woningcorporatie, zodat daar nauwelijks algemene uitspraken over gedaan kunnen worden. In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat woningcorporaties niet voor meer dan de helft door de overheid worden gefinancierd.[178] Wat hier ook van zij, belangrijker is dat woningcorporaties geen doorgeefluikfunctie vervullen tussen overheid en burger. Hieruit volgt dat woningcorporaties, ondanks de behartiging van het publieke volkshuisvestingsbelang, niet als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt in het licht van de Silicose-jurisprudentie.

Ten slotte kunnen woningcorporaties ook niet worden gekwalificeerd als bestuursorgaan op grond van het criterium van overwegende overheidsinvloed. Dit criterium speelt in beginsel geen rol bij de bepaling van het bestuursorgaanbegrip, behoudens in geval van ambtenaarrechtelijke verhoudingen. Daarvan is bij woningcorporaties geen sprake; het daarbij werkende personeel heeft geen ambtelijke status en is op arbeidsovereenkomst werkzaam. De vraag of al dan niet sprake is van overwegende overheidsinvloed kan hier dan ook in het midden blijven.[179]

Uit het voorgaande volgt dat woningcorporaties geen bestuursorgaan zijn. Dit houdt in dat hun handelen niet rechtsreeks gebonden is aan de materiële normen van de Awb en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast geldt dat de bestuursrechter niet bevoegd is inzake het handelen van woningcorporaties. De burgerlijke rechter is exclusief bevoegd.

Dat woningcorporaties niet kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan staat er overigens niet aan in de weg dat woningcorporaties via het privaatrecht gebonden worden aan op publiekrechtelijke normen gelijkende normen. Het feit dat een woningcorporatie een publiek belang behartigt en over een zekere machtspositie beschikt,[180] kan voor de burgerlijke rechter aanleiding vormen om de open normen van het BW zo in te vullen dat die normen een vergelijkbare inhoud krijgen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een dergelijke congruentie vindt bijvoorbeeld plaats in het eerder behandelde arrest *Binderen/Kaya*.[181] Uit dit arrest blijkt dat een woningcorporatie vanwege het publieke belang

176 Vergelijk Groeneveld-Louwerse 2004, p. 369.

177 Zoals opgemerkt in § 2.2.5.3 is dit niet een heel eenduidig criterium.

178 Zie Heemskerk & Braat 2010, p. 786; Janssen 2011, p. 77; Essers 2013, p. 104.

179 Zie daarover § 7.5.2.

180 Een woningcorporatie beschikt over een machtspositie wanneer zij als enige sociale huurwoningen in een regio verhuurt en voor de huurder in feite geen alternatief bestaat dan het huren van een woning bij juist deze woningcorporatie. Zie Raat 2007, p. 210.

181 Zie § 2.3.4.

dat zij behartigt, in relatie met haar huurders gehouden is het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. Het gaat hier niet om het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, maar om het gelijkheidsbeginsel als beginsel van ongeschreven privaatrecht. Schending van dat beginsel levert een onrechtmatige daad op in de zin van artikel 6:162 BW. Tevens kan worden gewezen op een uitspraak van de president van de Rechtbank Zwolle.[182] In deze uitspraak gaat het om de weigering van een woningbouwvereniging om een woningzoekende als huurder te accepteren wegens openstaande huurachterstanden bij een andere woningbouwvereniging. De president overweegt:

> 'De (...) monopoliepositie ten aanzien van een zo onontbeerlijk goed als woonruimte beperkt de contractsvrijheid van de beide Woningbouwverenigingen. Zij zijn niet in dezelfde mate als een particuliere huiseigenaar vrij om te weigeren met een gegadigde die hen niet aanstaat een huurcontract aan te gaan. Zij behoren het belang van de volkshuisvesting voorop te stellen. Dat kan meebrengen dat onder bepaalde omstandigheden de weigering om met een woningzoekende een huurovereenkomst af te sluiten, onrechtmatig is.'

Vervolgens wordt de woningbouwvereniging verplicht om een huurovereenkomst te sluiten. In hoger beroep wordt de uitspraak van de president vernietigd.[183]

2.4.3 ProRail

Voor ProRail rijst eveneens de vraag of zij met openbaar gezag is bekleed en derhalve als bestuursorgaan kan worden aangemerkt. ProRail is belast met het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur, welke taak op grond van de Spoorwegwet en via de Beheerconcessie hoofdspoorweginfrastructuur aan haar is opgedragen. De vraag dringt zich op of aan ProRail ten behoeve van de behartiging van die taak bij of krachtens de wet een of meerdere publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toebedeeld. Daarvan lijkt op het eerste gezicht geen sprake te zijn. In de jurisprudentie is evenwel de vraag gerezen of ProRail als bestuursorgaan handelt wanneer zij op grond van artikel 59 Spoorwegwet overeenkomsten sluit met vervoerders over het gebruik van capaciteit. Deze vraag is door de Rechtbank Rotterdam negatief beantwoord.[184] De rechtbank overweegt ten eerste dat uit de wetsgeschiedenis van de Spoorwegwet onmiskenbaar blijkt dat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd dat ProRail geen bestuursorgaan is. In dit verband zijn met name relevant de overwegingen van de regering in de vierde nota van wijziging van de Spoorwegwet. Aanvankelijk was het de bedoeling een Spoorwegbeheersorganisatie in te stellen die als zelfstandig bestuursorgaan zou beschikken over verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden (men dacht dus aan publiekrechtelijke vormgeving met openbaar gezag). Van dat idee is later afgestapt. Er is bewust voor gekozen dat

182 Pres. Rb. Zwolle 4 mei 1984, *KG* 1984, 176. Zie hierover ook Nehmelman & Noorlander 2013, p. 152.
183 Hof Arnhem 11 februari 1985, *NJ* 1986, 446.
184 Rb. Rotterdam 4 januari 2008, zaaknummer BC 07/3246-WILD, niet gepubliceerd.

de beheerder zijn (bestaande) privaatrechtelijke vorm behoudt, waarbij de relatie tussen de beheerder en de vervoerders wordt bepaald door middel van overeenkomsten omtrent het gebruik van capaciteit (art. 59 Spoorwegwet). De regering heeft in dit verband ook uitdrukkelijk aangegeven dat de beheerder geen bestuursorgaan is – dit in tegenstelling tot de aanvankelijk beoogde Spoorwegbeheersorganisatie.[185] In de tweede plaats verwijst de rechtbank naar een uitspraak van het CBb waarin de beheerder van het elektriciteitsnet, Tennet Transmission System Operator B.V., niet als bestuursorgaan wordt aangemerkt. Volgens het CBb vindt het beheer van het landelijk hoogspanningsnet door Tennet uitsluitend plaats met privaatrechtelijke middelen.[186] Volgens de Rechtbank Rotterdam geldt dit ook voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur door ProRail. De overeenkomsten omtrent het gebruik van capaciteit op het spoor hebben derhalve geen publiekrechtelijk karakter, aldus de rechtbank. Die conclusie lijkt mij juist. Het enkele feit dat in de Spoorwegwet een regeling is opgenomen over het sluiten van overeenkomsten wil niet per se zeggen dat daarmee aan ProRail een exclusieve bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten is toegekend. Die bevoegdheid ontleent ProRail aan het privaatrecht.[187] De Spoorwegwet tezamen met de in het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur neergelegde procedureregels omtrent de verdeling van de capaciteit, beogen het sluiten van overeenkomsten omtrent de capaciteit te reguleren, maar bieden daarvoor geen bevoegdheidsgrondslag. Bovendien geldt dat wanneer de Staat zelf als eigenaar van de spoorweginfrastructuur[188] overeenkomsten zou sluiten over de capaciteit, die overeenkomsten een privaatrechtelijk karakter dragen omdat de bevoegdheid daartoe is terug te voeren op het privaatrechtelijke eigendomsrecht van de Staat. Niet valt in te zien waarom het karakter van de overeenkomsten zou wijzigen nu ProRail deze overeenkomsten sluit. Volgens Timmermans kan echter worden gesteld dat sprake is van een publiekrechtelijke bevoegdheid, omdat de bevoegdheid tot het sluiten van de overeenkomsten omtrent het gebruik van capaciteit alleen toekomt aan ProRail.[189] Dat is mijns inziens meer een gevolg van het *natuurlijke* monopolie waarover ProRail beschikt; van een exclusieve wettelijke bevoegdheid is echter geen sprake.

Voorts zij opgemerkt dat het sluiten van een overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling betreft. Eerder is aangegeven dat openbaar gezag enkel betrekking heeft op de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het *eenzijdig* bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten.[190] Gelet hierop kan

185 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 13, m.n. p. 18, p. 24-27.

186 CBb 30 januari 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AD9963.

187 Vergelijk ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7617: het feit dat de Ziekenfondswet voorziet in een regeling tot het sluiten van overeenkomsten tussen ziekenfondsen en zorgverlenende instellingen, doet er niet aan af dat het sluiten van die overeenkomsten privaatrechtelijke rechtshandelingen zijn. Zie ook de jurisprudentie genoemd in § 2.2.5.2. Vergelijk ook HR 21 september 2012, *AB* 2013, 220 (m.nt. Van Ommeren) inzake artikel 4 Huisvestingswet. Dit artikel bevat niet de bevoegdheid van de gemeente om overeenkomsten te sluiten met verhuurders; die bevoegdheid heeft de gemeente reeds op grond van het privaatrecht.

188 De juridische eigendom van het spoorwegnet is in handen van Railinfratrust BV, waarvan de staat alle aandelen houdt.

189 Timmermans in zijn annotatie onder Vz. ABRvS 29 januari 2004, *JB* 2004, 160.

190 § 2.2.4.3.

het sluiten van een overeenkomst omtrent de capaciteit door ProRail evenmin als de uitoefening van openbaar gezag worden beschouwd.

Verder heeft de minister aan ProRail mandaat verleend om namens de minister verschillende besluiten te nemen (Besluit mandaat, volmacht en machtiging ProRail inzake bevoegdheden Spoorwegwet). Dat maakt niet dat Prorail over openbaar gezag beschikt. Er vindt bij mandaat immers geen bevoegdheidsverschuiving plaats van de minister richting ProRail. ProRail verkrijgt door middel van mandaat geen openbaar gezag.[191] Dit betekent overigens niet dat de door ProRail in mandaat genomen besluiten niet aan de normen van de Awb zijn onderworpen of dat daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Dat ProRail namens de minister krachtens mandaat handelt, neemt niet weg dat het de minister is die rechtens handelt, waaraan de handeling wordt toegerekend. Dit betekent dat de normen van de Awb onverkort op dit handelen van toepassing zijn en dat ProRail die normen ook in acht moet nemen.[192] Daarnaast zijn de door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten uiteraard gewoon appellabele (Awb-)besluiten waartegen bezwaar en beroep openstaat.

ProRail beschikt ook niet over buitenwettelijk openbaar gezag. Zij voldoet namelijk niet aan alle criteria zoals geformuleerd in de Silicose-jurisprudentie. Hoewel ProRail een publiek belang behartigt (het beheer van het spoorwegnet) en in overwegende mate door de overheid wordt gefinancierd, fungeert ProRail echter niet als doorgeefluik tussen overheid en burger. Dit laatste element is cruciaal in de Silicose-jurisprudentie. Nu ProRail daaraan niet voldoet, kan zij in dit verband niet als bestuursorgaan worden beschouwd.

Ten slotte kan ProRail ook niet worden gekwalificeerd als bestuursorgaan op grond van het criterium van overwegende overheidsinvloed. Dit criterium speelt in beginsel geen rol bij de bepaling van het bestuursorgaanbegrip, behoudens in geval van ambtenaarrechtelijke verhoudingen. Daarvan is bij ProRail, evenals bij de woningcorporaties, geen sprake; het bij ProRail werkende personeel heeft geen ambtelijke status en is op arbeidsovereenkomst werkzaam. De vraag of al dan niet sprake is van overwegende overheidsinvloed kan dan ook hier in het midden blijven.[193]

Uit het voorgaande volgt dat ProRail geen bestuursorgaan is.[194] Dit betekent dat het handelen van ProRail in beginsel niet rechtsreeks gebonden is aan de materiële normen van de Awb en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast geldt dat het handelen van ProRail niet onder de competentie van de bestuursrechter valt. De burgerlijke rechter is exclusief bevoegd. Dit is

191 Zie ook art. 10:2 Awb waarin is bepaald dat een door de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid genomen besluit geldt als een besluit van de mandaatgever. Zie ook art. 10:7 Awb dat bepaalt dat de mandaatgever bevoegd blijft de gemandateerde bevoegdheid uit te oefenen. Zie voorts *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 13, p. 27. Vergelijk ook Rb. Utrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6181, r.o. 4.13 t/m 4.17.

192 Zijlstra e.a. 2001, p. 102-103. Hetzelfde geldt in geval van volmacht of machtiging. Zie p. 187-189. Hoewel de Awb daarover geen regeling bevat, zou van de minister mogen worden verwacht dat hij ervoor zorgt dat ProRail zich aan de regels van de Awb houdt.

193 Zie daarover § 7.5.3.

194 Zie ook ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723, r.o. 6.1.

echter anders wanneer ProRail in mandaat handelt namens de minister. In dat geval dient ProRail zich wel te houden aan de Awb en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[195] Daarnaast zijn de door ProRail krachtens mandaat namens de minister genomen besluiten vatbaar voor bezwaar en beroep.

Dat ProRail niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan staat er overigens niet aan in de weg dat zij via het privaatrecht gebonden wordt aan op publiekrechtelijke normen gelijkende normen. Het feit dat ProRail een publiek belang behartigt en over een machtspositie beschikt (vanwege het monopolie op het beheer van het spoorwegnet), kan voor de burgerlijke rechter aanleiding vormen om de open normen van het BW zo in te vullen dat die normen een vergelijkbare inhoud krijgen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

2.5 Conclusie

Inleiding
In dit hoofdstuk is ingegaan op de vraag in hoeverre de materiële normen van de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Daarnaast is de vraag aan de orde gekomen in hoeverre het handelen van semipublieke instellingen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Ter beantwoording van deze vragen is in dit hoofdstuk in de eerste plaats ingegaan op de vraag in hoeverre semipublieke instellingen kunnen worden aangemerkt als *bestuursorgaan* in de zin van artikel 1:1 Awb. De bestuursrechter is namelijk in beginsel bevoegd kennis te nemen van besluiten van bestuursorganen (art. 8:1 Awb jo art. 1:3 Awb). Daarnaast zijn bestuursorganen gebonden aan de materiële rechtsnormen van de Awb en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de tweede plaats is in dit hoofdstuk de vervolgvraag aan de orde gekomen in hoeverre ook semipublieke instellingen die *niet* kunnen worden beschouwd als bestuursorgaan gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Bestuursorgaan (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb)
Artikel 1:1 lid 1 Awb bepaalt dat onder een bestuursorgaan wordt verstaan:

a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld,
of
b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

De Awb maakt derhalve een onderscheid tussen twee soorten bestuursorganen. Ten eerste zijn er de onder a genoemde klassieke bestuursorganen (ook wel a-organen genoemd), die hun hoedanigheid ontlenen aan een *formeel* (of: organisatorisch) criterium, namelijk het krachtens publiekrecht ingesteld zijn. Het gaat hier om organen van publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van

195 Dit geldt ook in geval van volmacht of machtiging.

artikel 2:1 BW. Ten tweede zijn er de zogenaamde b-organen, die gedefinieerd worden aan de hand van een *materieel* criterium. Bepalend is het bekleed zijn met enig openbaar gezag. Vanwege hun privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid kunnen semipublieke instellingen geen a-orgaan zijn. Wel kan een semipublieke instelling een b-orgaan zijn voor zover zij met enig openbaar gezag is bekleed.

Artikel 1:1 lid 1 aanhef onder b Awb definieert een bestuursorgaan als een persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. De woorden 'een persoon of college' hebben geen onderscheidende betekenis. Zij hebben betrekking op iedere entiteit, waaronder natuurlijke personen en (organen van) privaatechtelijke rechtspersonen.

Het criterium 'openbaar gezag' is ontleend aan de Wet AROB. Het criterium 'openbaar gezag' was in de Wet AROB bepalend voor de definitie van het begrip 'administratief orgaan'. De functie van het begrip administratief orgaan zag primair op de afbakening van de rechtsingang bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. Aansluiting in de Awb bij het criterium 'openbaar gezag' lag volgens de regering voor de hand, omdat het een zeer ruim geldingsbereik heeft. Bovendien heeft het volgens de regering als voordeel dat op hoofdpunten niet wordt afgeweken van een begrip dat al ingang heeft gevonden en dat blijkens de jurisprudentie niet tot veel vragen aanleiding heeft gegeven. Onbeantwoord is de vraag waarom de regering het criterium 'openbaar gezag' geschikt acht in het licht van de specifieke functies die het bestuursorgaanbegrip in de context van de Awb vervult. Het bestuursorgaanbegrip in de Awb beoogt, anders dan in de Wet AROB, niet alleen de bevoegdheid van de bestuursrechter af te bakenen, maar dient tevens ter afbakening van de toepasselijke materiële rechtsnormen van de Awb.

Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Awb is sprake van openbaar gezag als aan een orgaan een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten. De vraag rijst of het toegerust zijn met een overheids*taak* wel toegevoegde waarde heeft. Gebleken is dat voor het aannemen van openbaar gezag uiteindelijk bepalend is of sprake is van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Dat neemt niet weg dat de rechter soms oordeelt dat reeds vanwege het ontbreken van een overheidstaak geen sprake is van openbaar gezag. Hieruit volgt dat toch nog wel een zekere zelfstandige betekenis toekomt aan de overheidstaak.

Openbaar gezag ziet op de publiekrechtelijke bevoegdheid *tot het bepalen van de rechtspositie (rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten*. Dit houdt in dat in ieder geval sprake moet zijn van de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke *rechtshandeling*. Dat wil zeggen een handeling die is gericht op het tot stand brengen van rechtsgevolgen; ze is erop gericht verandering te brengen in de bestaande rechten en plichten van rechtssubjecten. Rechtshandelingen hebben niet alleen de rechtsgevolgen waarop zij zijn gericht, maar kunnen meer rechtsgevolgen hebben. Het kan zijn dat uit de aard van de handeling, uit de wet of het ongeschreven recht rechtsgevolgen voortvloeien waarop die rechtshandeling als zodanig niet is gericht. Openbaar gezag heeft alleen betrekking op rechtshandelingen die zelfstandig op rechtsgevolg zijn gericht. Indien de rechtsgevolgen

rechtstreeks uit de wet voorvloeien en de handeling niet zelfstandig op die rechtsgevolgen is gericht, kan niet worden gesproken van een rechtshandeling. Voorts kan worden aangenomen dat ook publiekrechtelijke bevoegdheden tot (zelfstandig) *feitelijk handelen* openbaar gezag kunnen inhouden. Hoewel de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie daarover geen uitsluitsel bieden, wordt er in de literatuur vanuit gegaan dat openbaar gezag betrekking kan hebben op de publiekrechtelijke bevoegdheid tot (zelfstandig) feitelijk handelen. Daarnaast kan worden aangenomen dat openbaar gezag enkel betrekking heeft op de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het *eenzijdig* bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten. Meerzijdige rechtshandelingen vallen er buiten. Aanknopingspunten daarvoor kunnen worden gevonden in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak.

Uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat openbaar gezag kan worden verkregen (1) op grond van een wettelijk voorschrift, (2) wegens de uitoefening van een buitenwettelijke publieke taak ('Silicose-jurisprudentie') en (3) wegens overwegende overheidsinvloed op het beheer van de privaatrechtelijke rechtspersoon; als bij die rechtspersoon dan ambtenaren zijn aangesteld, is de rechtspersoon met openbaar gezag bekleed voor zover het gaat om handelingen jegens die ambtenaren.

De Silicose-rechtspraak vormt een voorzetting van AROB-jurisprudentie inzake buitenwettelijk openbaar gezag. Op grond van de Silicose-rechtspraak is sprake van openbaar gezag als een private rechtspersoon: (1) een publieke taak uitoefent; (2) de gelden waarmee hij zijn activiteiten financiert in overwegende mate van de overheid afkomstig zijn (financiële relatie); (3) de overheid invloed heeft – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de gelden worden besteed (inhoudelijke relatie) en; (4) de activiteiten bestaan uit presterend bestuur, waardoor de private rechtspersoon als het ware fungeert als doorgeefluik tussen overheid en burger. Voldoende is dat het presterend bestuur bestaat uit het verstrekken van (op geld waardeerbare) voorzieningen. Opmerkelijk is dat het *materiële* publieke taak-criterium op zichzelf niet van betekenis lijkt te zijn. De nadruk ligt op de laatste drie criteria: financiële relatie, inhoudelijke relatie en presterend bestuur/doorgeefluik. Dit betekent dat men in het b-orgaanbegrip, dat wordt gedefinieerd aan de hand van een *materieel* criterium – namelijk: het bekleed zijn met enig openbaar gezag – *formele* (of: organisatorische) elementen is gaan opnemen (financiële relatie, inhoudelijke relatie). Wat betreft de inhoudelijke relatie kan worden opgemerkt dat de rechter niet alleen kijkt naar de invloed van de overheid op de taakvervulling (de besteding van overheidsgelden), maar ook naar de (institutionele) invloed van de overheid op de private rechtspersoon als zodanig (invloed op de samenstelling van het bestuur of betrokkenheid bij de oprichting van de rechtspersoon). Daardoor begint de inhoudelijke relatie sterke gelijkenissen te vertonen met het verkrijgen van openbaar gezag op grond van 'overwegende overheidsinvloed op het beheer'. Het oogmerk van de Silicose-rechtspraak is primair de toegang tot de bestuursrechter mogelijk te maken ten aanzien van handelingen van private rechtspersonen die strikt genomen buiten de competentie van de bestuursrechter vallen. Deze strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het oog op de bevoegdheid van de bestuursrechter brengt ook

een uitbreiding van de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen met zich. In de literatuur is de Silicose-rechtspraak sterk bekritiseerd. Deze rechtspraak wordt in strijd geacht met het legaliteitsbeginsel. Daarnaast leidt zij, vanwege de vaagheid van de Silicose-criteria, tot rechtsonzekerheid. De Silicose-criteria – met name het publieke taak-criterium – zijn ongeschikt om te dienen ter afgrenzing van de bevoegdheid van de bestuursrechter. Bovendien komt de herkenbaarheid van de overheid in het gedrang.

Het criterium van overwegende overheidsinvloed is formeel (of: organisatorisch) van aard. Dit betekent dat ook hier het b-orgaanbegrip, dat wordt gedefinieerd aan de hand van een materieel criterium (openbaar gezag), bepaald wordt door *formele* (of: organisatorische) criteria. Het criterium van overwegende overheidsinvloed speelt in het kader van het b-orgaanbegrip alleen een rol in ambtenaarrechtelijke verhoudingen. In een uitspraak over het Friesch Paarden-Stamboek lijkt het College van Beroep voor het bedrijfsleven echter een ruimere toepassing te geven aan dit criterium. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of het CBb hier daadwerkelijk een nieuwe weg is ingeslagen.

Een b-orgaan is slechts bestuursorgaan *voor zover* zij is bekleed met openbaar gezag; daarbuiten niet. Dit betekent niet dat slechts de publiekrechtelijke rechtshandelingen dan wel publiekrechtelijke feitelijke handelingen onder de normerende werking van de Awb vallen. Ook de privaatrechtelijke en feitelijke handelingen die daarmee *samenhangen* worden geacht daaronder te vallen. Dit gaat echter niet op met betrekking tot de bevoegdheid van de bestuursrechter. Die is alleen bevoegd kennis te nemen van handelingen van semipublieke instellingen, voor zover het de uitoefening van openbaar gezag betreft inhoudende een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, dat wil zeggen: een schriftelijke beslissing inhoudende een *publiekrechtelijke rechtshandeling*.

De vraag is wat nu eigenlijk als bestuursorgaan orgaan wordt aangemerkt: de privaatrechtelijke rechtspersoon of een orgaan daarvan (bijvoorbeeld: het bestuur)? Uit de jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter op dit punt nog geen bewuste en principiële keuze heeft gemaakt. In de literatuur wordt bepleit aansluiting te zoeken bij de rechtspersoon, omdat daarmee de interne organisatie van de rechtspersoon – zoals die volgt uit de statuten, reglementen en Boek 2 BW – zo min mogelijk in het gedrang wordt gebracht.

Niet-bestuursorganen

De vervolgvraag is in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op semipublieke instellingen die *niet* als bestuursorgaan kunnen worden gekwalificeerd. Ter beantwoording van die vraag is ten eerste nagegaan in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur *direct* van toepassing zijn op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Daartoe is ingegaan op de betekenis van artikel 3:14 BW. Uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat dit artikel zo moet worden uitgelegd dat het privaatrechtelijk optreden van de overheid op grond van artikel 3:14 BW is onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit artikel heeft niet de bedoeling ook particulieren aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te binden. De vraag is wat in de context van artikel 3:14 BW wordt verstaan

onder het concept 'overheid'. In het arrest *RZG/Comformed* zoekt de Hoge Raad aansluiting bij het bestuursorgaanbegrip uit de Awb, maar waarom blijft in het midden. Het enkel voorzien in behoeften van algemeen belang en hoofdzakelijke financiering door de overheid kunnen daarentegen niet tot toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur leiden. Voor semipublieke instellingen betekent dit dat zij alleen direct aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gebonden voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb).

Verder is geen rechtspraak aangetroffen waarin de rechter de inhoud van de open normen van het BW expliciet inkleurt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waardoor deze beginselen als het ware *indirect* op een semipublieke instelling – niet zijnde een bestuursorgaan – worden toegepast. Tegen de achtergrond van het arrest *RZG/Comformed* is dat niet opmerkelijk.

Het komt echter wél voor dat de burgerlijke rechter de open normen van het BW zo invult dat die normen vergelijkbaar zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de rechter niet expliciet aan die publiekrechtelijke normen refereert (*'congruentie'*). Bepalende factoren daarbij zijn blijkens de jurisprudentie het bekleden van een machtspositie door een semipublieke instelling dan wel het behartigen van een publiek belang. Op deze manier kan de burgerlijke rechter door gebruikmaking van het privaatrecht tot een vergelijkbaar (beschermings)niveau komen als bij toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het geval zou zijn.

Rode draad: woningcorporaties (toegelaten instellingen) en ProRail

Woningcorporaties kunnen niet als bestuursorgaan worden aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Dit betekent dat hun handelen niet rechtsreeks gebonden is aan de materiële normen van de Awb en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast geldt dat hun handelen niet onder de competentie van de bestuursrechter valt. De burgerlijke rechter is exclusief bevoegd.

ProRail kan eveneens niet worden aangemerkt als bestuursorgaan. Dit heeft ook hier de consequentie dat de normen van de Awb niet op ProRail van toepassing zijn en dat het handelen van ProRail niet vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Een belangrijke uitzondering geldt echter wanneer ProRail in mandaat handelt namens de minister. In dat geval dient ProRail zich wel te houden aan de Awb en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[196] Daarnaast zijn de door ProRail krachtens mandaat namens de minister genomen besluiten vatbaar voor bezwaar en beroep.

Dat de woningcorporaties en ProRail niet kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan staat er overigens niet aan in de weg dat zij via het privaatrecht gebonden kunnen worden aan op publiekrechtelijke normen gelijkende normen. Het feit dat zij een publiek belang behartigen en beschikken over een machtspositie, kan voor de burgerlijke rechter aanleiding vormen om de open normen

196 Dit geldt ook in geval van volmacht of machtiging.

van het BW zo in te vullen dat die normen een vergelijkbare inhoud krijgen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Hoofdstuk 3 Wet Nationale ombudsman

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt nagegaan in hoeverre de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich uitstrekt over semipublieke instellingen. De ombudsmanvoorzienig heeft twee doelstellingen: (1) het bieden van aanvullende rechtsbescherming in individuele gevallen (art. 9:18 lid 1 Awb) en (2) het signaleren van structurele tekortkomingen in de wijze waarop het openbaar bestuur functioneert en het bevorderen van de daarvoor noodzakelijke verbeteringen (preventiefunctie).[1] De werkzaamheden van de ombudsman verschillen op twee belangrijke punten met de werkzaamheden van de bestuursrechter. De bestuursrechter oordeelt alleen over publiekrechtelijke rechtshandelingen (Awb-besluiten; art. 8:1 Awb), terwijl de ombudsman oordeelt over gedragingen (art. 1a lid 1 WNo jo. art. 9:18 lid 1 Awb). Het begrip gedraging omvat ook feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen. Een gedraging kan ook een nalaten zijn.[2] Voorts onderwerpt de bestuursrechter een Awb-besluit alleen aan een rechtmatigheidsoordeel, terwijl de ombudsman toetst aan behoorlijkheidsnormen.[3]

De toepasselijkheid van de Wet Nationale ombudsman (WNo) is opgehangen aan het bestuursorgaanbegrip (art. 1a lid 1 WNo). Het begrip bestuursorgaan heeft in dit verband een dubbele functie. Enerzijds beoogt het de reikwijdte van het externe klachtrecht bij de Nationale ombudsman vast te stellen en anderzijds beoogt het, in het verlengde daarvan, de toepasselijkheid van het normenkader, bestaande uit behoorlijkheidsnormen, af te bakenen. De betekenis van het bestuursorgaanbegrip in de WNo komt hierna nader aan de orde (§ 3.2). De Nationale ombudsman heeft zich meerdere malen kritisch uitgelaten over de in zijn ogen beperkte reikwijdte van zijn bevoegdheid. Daarop wordt ingegaan in paragraaf 3.3. Daarna wordt kort stilgestaan bij de Kinderombudsman en de Veteranenombudsman. Hun bevoegdheid strekt zich verder uit dan alleen tot bestuursorganen; ook private organisaties die geen bestuursorgaan zijn, maar wel een taak uitoefenen ten aanzien van jeugdigen respectievelijk veteranen vallen eronder (§ 3.4). Voorts wordt, bij wijze van terugkerend voorbeeld, van zowel woningcorporaties als ProRail nagegaan of zij onder het toepassingsbereik van de WNo vallen (§ 3.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 3.6).

1 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1162-1163.
2 Damen II 2012, p. 458.
3 Brenninkmeijer & Van Hoogstraten 2008, p. 33-34.

3.2 Bestuursorgaan

3.2.1 Algemeen

Artikel 1a lid 1 sub e WNo bepaalt dat de WNo van toepassing is op gedragingen van bestuursorganen, voor zover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd.[4] De competentie van de Nationale ombudsman is derhalve gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 Awb. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat de keuze voor het bestuursorgaanbegrip is ingegeven door de harmonisatie- en systematiseringsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt.[5]

Voor semipublieke instellingen betekent dit dat de WNo op hen van toepassing is voor zover zij kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb. Bepalend is dus of zij met enig openbaar gezag zijn bekleed (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb).[6] De Nationale ombudsman heeft aangegeven zijn besluitvorming op dit punt af te stemmen op de bestuursrechtelijke jurisprudentie.[7] Inmiddels heeft hij ten aanzien van vele privaatrechtelijke rechtspersonen geoordeeld dat zij vallen onder de competentie van de WNo.[8] Ook rechtspersonen als de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers en Argonaut BV worden door de ombudsman genoemd als instanties waarover kan worden geklaagd.[9] Hieruit kan worden afgeleid dat in de ombudsprudentie ook de Silicose-rechtspraak wordt gevolgd. Gelet op de (aanvullende) rechtsbeschermingsdoelstelling van de ombudsmanvoorziening is goed voorstelbaar dat de Silicose-rechtspraak – die zijn grondslag vindt in overwegingen van rechtsbescherming – tevens een rol speelt in de context van de WNo. Sinds 1994 legt de ombudsman in zijn jaarverslagen steeds verantwoording af over de wijze waarop hij invulling geeft aan het bestuursorgaanbegrip.[10] Fernhout wijst erop dat de Nationale ombudsman zijn bevoegdheid alleen motiveert wanneer die bestreden wordt.[11] Het gevolg hiervan is dat niet altijd inzichtelijk is waarom een private instelling volgens de Nationale ombudsman al dan niet als bestuursorgaan wordt aangemerkt.[12] Of de Nationale

4 Zie ook art. 9:18 lid 1 Awb.

5 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 51-52. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 456, nr. 3, p. 4.

6 Vermeldenswaardig is dat de WNo vóór de aanpassing aan de Awb in 1994 ook van toepassing was op private rechtspersonen die niet met openbaar gezag zijn bekleed, maar wel werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een minister. Met de introductie van het bestuursorgaanbegrip in de WNo in 1994 is deze categorie, zonder nadere toelichting in de parlementaire stukken, komen te vervallen. Zie hierover Bense & Zijlstra 1994, p. 269; Schreuder 1994, p. 170-171; Goorden 1990, p. 186-193.

7 Jaarverslag NO 1998, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 445, nrs. 1-2, p. 108.

8 Zijlstra 2008, p. 27.

9 Zie http://www.nationaleombudsman.nl/.

10 Sinds 2005 worden zulke overzichten niet meer gepubliceerd.

11 Fernhout 2002, p. 165.

12 Ook in de jaarverslagen wordt slechts ten aanzien van een deel van de genoemde instellingen gemotiveerd waarom zij wel of geen bestuursorgaan zijn.

ombudsman altijd strak de hand houdt aan de jurisprudentie van de bestuursrechter is dan ook niet met zekerheid te zeggen.

Hoewel de bestuursrechtelijke jurisprudentie leidend is, komt het wel eens voor dat de Nationale ombudsman tot een ander oordeel komt dan de bestuursrechter. Een bekend voorbeeld betreft de gerechtsdeurwaarder die door de Nationale ombudsman steeds als bestuursorgaan is aangemerkt, voor zover het ambtshandelingen betreft. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde daar echter anders over. Zij oordeelde dat de gerechtsdeurwaarder niet als bestuursorgaan kon worden aangemerkt wanneer deze optreedt in het kader van beslaglegging. Volgens de Afdeling was de bevoegdheid daartoe 'immers geregeld in het burgerlijk recht.'[13] Thans gaat de wetgever ervan uit dat gerechtsdeurwaarders, wat betreft hun ambtshandelingen, bestuursorganen zijn.[14] Fernhout noemt twee mogelijke oorzaken voor de discrepanties tussen bestuursrechter en Nationale ombudsman.[15] In de eerste plaats ontbreken de voor afstemming noodzakelijke verbindingen met de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges en, in de tweede plaats, wordt de Nationale ombudsman vaak eerder dan de bestuursrechter geconfronteerd met de vraag of een bepaalde private instelling een bestuursorgaan is. De burger klaagt vaak eerder bij de Nationale ombudsman, omdat zijn bevoegdheid niet is beperkt tot Awb-besluiten, maar zich ook uitstrekt tot andere handelingen.

3.2.2 Voor zover[16]

De bevoegdheid van de Nationale ombudsman richt zich blijkens artikel 1a lid 1 WNo (jo. artikel 9:18 lid 1 Awb) op *gedragingen* van bestuursorganen. Gedragingen omvatten niet alleen Awb-besluiten en andere publiekrechtelijke rechtshandelingen, maar tevens privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen. Een gedraging kan ook een nalaten zijn.[17] Zoals hiervoor duidelijk werd, moet het tevens gaan om gedragingen van *bestuursorganen*. Voor privaatrechtelijke rechtspersonen geldt dat zij slechts bestuursorgaan zijn voor zover zij zijn bekleed met openbaar gezag (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb). Omdat de competentie van de Nationale ombudsman zich ook uitstrekt tot andere gedragingen dan die openbaar gezag inhouden, rijst de vraag in hoeverre de Nationale ombudsman kan oordelen over gedragingen van b-organen die niet de uitoefening van openbaar gezag betreffen.

In de memorie van toelichting bij de wet tot wijziging van de Wob en de WNo is aangegeven dat 'de toepasselijkheid van de WNo op organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die met enig openbaar gezag zijn bekleed, zich slechts uitstrekt tot die gedragingen van het betreffende (bestuurs)orgaan die zijn gerelateerd aan de

13 ABRvS 8 augustus 2001, *AB* 2002, 51 (m.nt. SZ).

14 Zie hierover Fernhout 2002, p. 166-167. Zie ook artikel 8:4 lid 4 aanhef en onder b Awb, waarin een besluit houdende een ambtshandeling van een gerechtsdeurwaarder van beroep bij de bestuursrechter is uitgesloten.

15 Fernhout 2002, p. 166. Zie ook Peters & Zijlstra 2008, p. 121.

16 Zie hierover uitgebreid Peters & Zijlstra 2008, p. 120-123.

17 Damen II 2012, p. 458.

uitoefening van het aan het betreffende orgaan toegekende openbare gezag.'[18] De Nationale ombudsman is derhalve bevoegd te oordelen over feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen die *gerelateerd* zijn aan het openbaar gezag waarmee de private instelling is bekleed. In het jaarverslag van 2002 wordt dit in iets andere bewoordingen bevestigd: 'Ook de context van de gedraging is (...) van belang bij de beoordeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Ook de feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen die in het kader van – of in samenhang met – het verrichten van publiekrechtelijke handelingen worden verricht vallen onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.'[19]

Steeds zal moeten worden nagegaan welke handelingen gerelateerd zijn aan de uitoefening van openbaar gezag. Dat levert meestal geen problemen op. Van het te traag of in het geheel niet handelen, het niet of onjuist informeren van mensen, is doorgaans nog wel vast stellen of het gerelateerd is aan openbaar gezag.[20] Maar er zijn ook grensgevallen waarvan dat niet op voorhand duidelijk is. Te denken valt aan het bekende voorbeeld van de APK-garagehouder. Wanneer deze zijn klanten onheus bejegent in het kader van de APK-keuring, kan men daarover klagen bij de Nationale ombudsman.[21] Vindt de onheuse bejegening evenwel plaats in het kader van de reparatie die naar aanleiding van de keuring wordt verricht, dan is de Nationale ombudsman niet bevoegd.[22] Het onderscheid tussen beide situaties is theoretisch goed te maken. Het wordt echter gecompliceerder in de situatie dat men bij de aanbieding ter keuring direct opdracht geeft voor reparatie. Wanneer men de auto komt ophalen en dan onheus wordt bejegend, is niet meteen helder of de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich daarover uitstrekt.[23]

3.3 (Zelf)kritiek Nationale ombudsman

De Nationale ombudsman heeft de afgelopen jaren meerdere malen betoogd dat zijn bevoegdheid in zijn ogen niet ver genoeg reikt. Gelet op de functie van de ombudsmanvoorziening, is de Nationale ombudsman van mening dat een beperking van zijn bevoegdheid tot openbaar gezag of daarmee samenhangende gedragingen te smal is. Vaak wordt de burger namelijk geconfronteerd met gedrag dat niet de uitoefening van openbaar gezag betreft, maar wel grote invloed heeft op het leven en welzijn van de burger. De Nationale ombudsman streeft ernaar bij de uitleg van het bestuursorgaanbegrip rekening te houden met de taak van de ombudsman bij het beoordelen van gedragingen.[24] Hij stelt dat hij daarom bij zijn

18 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 456, nr. 3, p. 4.
19 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 825, nrs. 1-2, p. 126. De 'samenhang-redenering' heeft de Nationale ombudsman ontleend aan (de dissertatie van) Zijlstra 1997, p. 18, zoals blijkt uit No 30 december 2003, nr. 2003, 501.
20 Peters & Zijlstra 2008, p. 123.
21 In zijn annotatie onder ABRvS 9 juni 2005, *AB* 2006, 36 legt Peters aan de hand van de Wegenverkeerswet 1994 helder uit in hoeverre de APK-garagehouder is aan te merken als een b-orgaan.
22 Zijlstra 2009, p. 56.
23 Voorbeeld ontleend aan Peters & Zijlstra 2008, p. 123-124.
24 Jaarverslag 2007, p. 134-135.

interpretatie van zijn bevoegdheid andere criteria in beschouwing neemt, zoals de vraag of er wettelijke taken worden uitgevoerd, of de overheid financiert en wie de regie voert.[25] Daarnaast verdient het volgens de ombudsman aanbeveling om een ander overheidsbegrip te introduceren dat beter aansluit bij het beoordelen van gedragingen van de overheid.[26] In het jaarverslag van 2000 is reeds de suggestie gedaan om gebruik te maken van artikel 78a lid 4 Grondwet, op grond waarvan bij of krachtens de wet ook andere taken aan de Nationale ombudsman kunnen worden opgedragen. Voordat de wetgever een besluit kan nemen over een eventuele uitbreiding van de competentie van de Nationale ombudsman, zou de wetgever volgens Drexhage in ieder geval een aantal zaken in ogenschouw moeten nemen.[27] In de eerste plaats rijst de vraag of de voorziening van een externe klachtregeling niet moet worden overgelaten aan de zelfregulering van de betreffende organisaties.[28] En als al een taak is weggelegd voor de Nationale ombudsman dan rijzen weer andere vragen. Zo moet volgens Drexhage aandacht worden besteed aan de vraag welk normenkader hij moet toepassen. Ook moet worden nagegaan of de Nationale ombudsman wel voldoende gezag genereert bij de betreffende private instellingen, omdat deze organisaties ver verwijderd lijken van de politiek en de druk van openbaarheid daarom slechts marginaal zou kunnen zijn. Dat zijn (deels politieke) vragen die volgens Drexhage eerst moeten worden beantwoord voordat men toekomt aan het formuleren van een ruimer overheidsbegrip.[29]

3.4 Kinderombudsman en Veteranenombudsman

Interessant is dat de bevoegdheid van de Kinderombudsman en de Veteranenombudsman zich verder uitstrekt dan alleen tot bestuursorganen. De Kinderombudsman is namelijk ook bevoegd ten aanzien van een orgaan van een rechtspersoon, niet zijnde een bestuursorgaan, voor zover die (1) een bij of krachtens de wet geregelde taak ten aanzien van jeugdigen uitoefent; dan wel (2) anderszins een taak ten aanzien van jeugdigen uitoefent op het terrein van het onderwijs, de jeugdzorg, de kinderopvang of de gezondheidszorg.[30] Dit betekent dat allerlei private organisaties die niet als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt, maar die wel op deze terreinen werkzaam zijn, vallen onder de bevoegdheid van

25 Brenninkmeijer & Van Hoogstraten 2008, p. 35. Dit is opmerkelijk, omdat de ombudsman aan de andere kant stelt zijn besluitvorming af te stemmen op de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Zie hiervoor § 3.2.1.

26 Jaarverslag 2007, p. 135.

27 Drexhage 2007, p. 343-344.

28 De nationale ombudsman heeft aangegeven terughoudendheid te betrachten ten aanzien van organisaties met een eigen onafhankelijke externe klachtregeling. Zie Jaarverslag 2007, p. 135.

29 Overigens zijn de pogingen van de Nationale ombudsman om te komen tot een ruimer overheidsbegrip vrijwel direct de kop ingedrukt; het zou om een misverstand gaan. Zie de motie Pechtold *Kamerstukken II* 2008/09, 31 363, nr. 7 en de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties *Kamerstukken II* 2008/09, 31 363, nr. 8.

30 Artikel 11c lid 1 aanhef en onder b WNo.

de Kinderombudsman.[31] Te denken valt aan een stichting die kinderdagopvang verzorgt.

Voor de Veteranenombudsman geldt eveneens dat zijn bevoegdheid verder reikt dan bestuursorganen.[32] Hij is tevens bevoegd met betrekking tot een orgaan van een rechtspersoon, niet zijnde een bestuursorgaan, voor zover die (1) een bij of krachtens wet geregelde taak ten aanzien van veteranen uitoefent; of (2) anderszins een taak ten aanzien van veteranen uitoefent.[33] In de memorie van toelichting wordt de Stichting Pensioenfonds ABP genoemd, die als taak heeft om als privaatrechtelijk pensioenfonds de verantwoordelijkheid te dragen voor de pensioenen van het overheidspersoneel.[34]

3.5 Rode draad

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich uitstrekt over enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail.

Voor de toepasselijkheid van de WNo is bepalend of die instanties als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4, is uitgebreid uiteengezet dat zowel woningcorporaties als ProRail geen bestuursorgaan zijn. Dit betekent dat de Nationale ombudsman ten aanzien van woningcorporaties en ProRail niet bevoegd is.

Voor ProRail is dit evenwel anders voor zover het gaat om krachtens mandaat namens de minister genomen besluiten (Besluit mandaat, volmacht en machtiging ProRail inzake bevoegdheden Spoorwegwet). De bevoegdheid van de Nationale ombudsman strekt zich uit over deze besluiten en de gedragingen van ProRail die daaraan gerelateerd zijn. Het is in dat geval namelijk niet ProRail die op eigen naam als particulier handelt, maar het is de minister die *de iure* handelt,

31 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 831, nr. 3, p. 15.

32 Ten tijde van afronding van dit proefschrift was de wet waarbij de Veteranenombudsman wordt opgenomen in de WNo nog niet in werking getreden. Wet van 11 februari 2012, *Stb.* 2012, 133.

33 Artikel 11h lid 1 aanhef en onder b WNo.

34 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 414, nr. 3, p. 42. De Stichting Pensioenfonds ABP wordt door de Centrale Raad van Beroep in beginsel niet als bestuursorgaan aangemerkt. Zie CRvB 1 december 2011, *PJ* 2013, 55; CRvB 10 januari 2013, *PJ* 2013, 56. In CRvB 12 april 2007, *TAR* 2007, 118 wordt de directieraad van de Stichting Pensioenfonds ABP echter wel gekwalificeerd als bestuursorgaan. Het gaat hier om de terugvordering van teveel betaald wachtgeld aan een gewezen ambtenaar die reeds vóór de privatisering van het ABP-fonds niet meer als ambtenaar actief was. De aan betrokkene als gewezen ambtenaar verleende ontslaguitkering draagt een publiekrechtelijk karakter, welk karakter niet als gevolg van de privatisering van het fonds verloren is gegaan. Anders dan voor actieve ambtenaren, die bij de privatisering overgingen naar de stichting, zijn er voor de gewezen ambtenaren bij de privatisering geen voorzieningen getroffen die wijziging brachten in aard of grondslag van hun aanspraken. De terugvorderingsbeslissing heeft daarom een publiekrechtelijk karakter en de directieraad kan derhalve in zoverre als bestuursorgaan worden aangemerkt.

wiens gedragingen onverkort aan de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zijn onderworpen (art. 1a lid 1 aanhef en onder a WNo).[35]

In het verleden is wel de suggestie gedaan om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman uit te breiden naar de woningcorporatiesector.[36] Daarnaast is destijds door de Tweede Kamerleden Duivesteijn en Santi een initiatiefwetsvoorstel ingediend voor een landelijke ombudsman voor huurders die bevoegd is tot het doen van onderzoek naar gedragingen van woningcorporaties.[37] Of deze ombudsman er ooit nog gaat komen, kan sterk worden betwijfeld. De beide indieners van het wetsvoorstel zijn reeds lang en breed vertrokken; het wetsvoorstel ligt inmiddels te verstoffen op het stapeltje 'vergeten' initiatiefvoorstellen.[38]

3.6 Conclusie

De toepasselijkheid van de WNo is gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip uit de Awb. Het bestuursorgaanbegrip heeft in dit verband in wezen twee functies. Enerzijds beoogt het de reikwijdte van het externe klachtrecht bij de Nationale ombudsman vast te stellen en anderzijds beoogt het, in het verlengde daarvan, de toepasselijkheid van het normenkader, bestaande uit behoorlijkheidsnormen, af te bakenen. De keuze om aan te sluiten bij het bestuursorgaanbegrip uit de Awb is ingegeven door de harmonisatie- en systematiseringsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt.

Semipublieke instellingen vallen onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman voor zover zij kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van de Awb. Daarvoor is bepalend of zij bekleed zijn met openbaar gezag (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb). De bevoegdheid van de Nationale ombudsman strekt zich niet alleen uit tot het openbaar gezag dat semipublieke instellingen uitoefenen, maar ook tot de feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen die 'gerelateerd' zijn aan openbaar gezag.

De Nationale ombudsman heeft de afgelopen jaren meerdere malen betoogd dat zijn bevoegdheid in zijn ogen niet ver genoeg reikt. Gelet op de functies van de ombudsmanvoorziening – aanvullende rechtsbescherming en preventie – is de Nationale ombudsman van mening dat een beperking van zijn bevoegdheid tot openbaar gezag of daarmee samenhangende gedragingen te smal is. De Nationale ombudsman streeft naar een invulling van het bestuursorgaanbegrip die is toegesneden op de functie van de ombudsmanvoorziening. Daarnaast verdient het volgens de ombudsman aanbeveling om in de toekomst een ander overheidsbegrip te introduceren dat beter aansluit bij de context van de WNo.

Voor de Kinderombudsman en de Veteranenombudsman geldt dat hun bevoegdheid niet is beperkt tot bestuursorganen. Ook private organisaties die

35 Zie ook § 2.4.3.
36 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 645, nr. 1-2, p. 13 (Jaarverslag 2000).
37 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 236, nr. 1-3.
38 Zie Broeksteeg 2011.

geen bestuursorgaan zijn, maar wel een taak uitoefenen ten aanzien van jeugdigen respectievelijk veteranen vallen onder hun competentie.

Ten slotte is in dit hoofdstuk nagegaan in hoeverre de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich uitstrekt over enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. De Nationale ombudsman is alleen bevoegd ten aanzien van bestuursorganen. Woningcorporaties en ProRail kunnen niet als zodanig worden aangemerkt. Derhalve is de Nationale ombudsman niet bevoegd.[39]

39 Voor ProRail is dit evenwel anders voor zover het gaat om krachtens mandaat namens de minister genomen besluiten. De bevoegdheid van de Nationale ombudsman strekt zich uit over deze besluiten en de gedragingen van ProRail die daaraan gerelateerd zijn. Het is in dat geval namelijk niet ProRail die op eigen naam als particulier handelt, maar het is de minister die *de iure* handelt, wiens gedragingen onverkort aan de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zijn onderworpen (art. 1a lid 1 aanhef en onder a Wno).

Hoofdstuk 4 Archiefwet 1995

4.1 Inleiding

De Archiefwet 1995 geeft regels over de nationale overheidsarchieven. In dit hoofdstuk wordt nagegaan in hoeverre deze regels van toepassing zijn op semipublieke instellingen. De Archiefwet 1995 verplicht overheidsorganen de onder hen berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren, alsmede zorg te dragen voor de vernietiging van de daarvoor in aanmerking komende archiefbescheiden (art. 3). De doelstelling van de Archiefwet 1995 is tweeledig. Enerzijds beoogt de wet waarborging van bestuurlijke zorgvuldigheid, continuïteit en controle op het overheidsbestuur; dus, meer algemeen, het verzekeren van het goed functioneren van de democratische rechtsstaat. Anderzijds wordt cultuurparticipatie beoogd.[1]

In hoofdstuk II van de Archiefwet 1995 staan een aantal algemene bepalingen over het zorgdragen voor archiefbescheiden. De hoofdstukken III, IV, V en VI geven bijzondere regels voor de archiefbescheiden van respectievelijk het rijk, provincies, gemeenten en waterschappen. Hoofdstuk VII handelt ten slotte over de archiefbescheiden van openbare lichamen of gemeenschappelijke organen in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen (art. 40) en 'andere overheidsorganen' (art. 41).

De toepasselijkheid van de Archiefwet 1995 wordt afgebakend door het begrip 'overheidsorgaan' (art. 1 aanhef en onder b Archiefwet 1995). In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord in hoeverre een semipublieke instelling als overheidsorgaan kan worden aangemerkt. De beantwoording van die vraag is van belang om vast te kunnen stellen of een dergelijke instelling zorgdrager is in de zin van artikel 41 Archiefwet 1995. Dit artikel zorgt er als het ware voor dat de regels uit de Archiefwet 1995 tevens van toepassing zijn op 'andere overheidsorganen' dan de in de wet genoemde overheidsorganen als rijk, provincies, gemeenten en waterschappen.

Ter beantwoording van voornoemde vraag wordt hierna ingegaan op de betekenis van het overheidsorgaanbegrip in de Archiefwet 1995 (§ 4.2). Om de analyse van het begrip overheidsorgaan meer concreet te maken wordt, bij wijze van terugkerend voorbeeld, van zowel woningcorporaties als ProRail nagegaan in hoeverre

1 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 3-4. Zie ook nog minister d'Ancona tijdens de Tweede Kamer behandeling. *Handelingen II* 1993/94, 13 april 1994, p. 69-5095. Overigens werden in de Nota Archiefbeleid nog een vijftal belangen van overheidsarchieven genoemd: het dient als bewijsstuk van overheidshandelen; het dient ter vastlegging van rechten en belangen van burgers; het maakt politieke emancipatie mogelijk en schept de voorwaarden voor rechtsstaat en democratie; het heeft een cultuurhistorische functie en; het dient tot cultuurparticipatie. Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 19 068, nr. 1-2, p. 5-6. Vgl. ook de opmerkingen van het Kamerlid Dijkstal (VVD) tijdens de behandeling in de Tweede Kamer. *Handelingen II* 1993/94, 13 april 1994, p. 69-5086.

zij als overheidsorgaan kunnen worden aangemerkt (§ 4.3). Afgesloten wordt met een conclusie (§ 4.4).

4.2 Overheidsorgaan

4.2.1 Algemeen

Het begrip overheidsorgaan wordt in artikel 1 aanhef en onder b gedefinieerd als (1) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of (2) een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. Deze definitie sluit aan bij de definitie van het bestuursorgaanbegrip uit de Awb. Die keuze lijkt te zijn ingegeven door de harmonisatie- en systematiseringsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt.[2] De vraag rijst waarom dan niet ook is gekozen voor het begrip bestuursorgaan in plaats van het begrip overheidsorgaan. De reden daarvoor is dat de uitzonderingen op het bestuursorgaanbegrip in artikel 1:1 lid 2 Awb niet gelden voor de Archiefwet. De Archiefwet is, in tegenstelling tot de Awb, ook van toepassing op de wetgevende macht, de rechtsprekende organen en enkele Hoge Colleges van Staat. De Awb ziet alleen op de uitvoerende macht, de rest wordt in het tweede lid van artikel 1:1 Awb uitgezonderd. Vanwege haar 'bredere perspectief' heeft de Archiefwet een groter toepassingsbereik.[3]

4.2.2 Openbaar gezag

Privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen alleen overheidsorgaan zijn wanneer zij met openbaar gezag zijn bekleed. Onder openbaar gezag wordt, net als in de Awb, verstaan: de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten. De CDA- en VVD-fracties hadden nog gevraagd of de publiekrechtelijke bevoegdheid altijd een *wettelijke grondslag* moet hebben, of dat er ook andere publiekrechtelijke bevoegdheden bestaan die openbaar gezag opleveren.[4] Die vraag is door de regering onbeantwoord gebleven.[5]

De reden om private rechtspersonen met openbaar gezag onder de reikwijdte van de wet te brengen, is erin gelegen dat zij, vanwege de plaats die zij zich hebben verworven in het Nederlandse staatsbestel, als verlengstuk van de overheid worden

2 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 20; *Kamerstukken II* 1993/94, 22 866, nr. 7, p. 8. De Eerste Kamerfractie van de VVD merkte kritisch op dat 'de constatering dat een gelijkluidende formulering ook al in de wet Arob en de Algemene wet Bestuursrecht is opgenomen (...) niet echt relevant [is]'. *Kamerstukken I* 1993/94, 22 866, nr. 356a, p. 2.

3 *Kamerstukken II* 1993/94, 22 866, nr. 7, p. 8.

4 *Kamerstukken II* 1992/93, 22866, nr. 5, p. 5-6.

5 In de context van de Awb kan ook sprake zijn van buitenwettelijk openbaar gezag, namelijk als is voldaan aan de Silicose-criteria. Zie § 2.2.5.3. Het is niet zonder meer vanzelfsprekend dat de Silicose-jurisprudentie ook toepassing vindt in de context van de Archiefwet 1995. De Silicose-rechtspraak betreft namelijk een strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het oog op de toegang tot de bestuursrechter, terwijl het bij de Archiefwet 1995 gaat om de afbakening van materiële rechtsregels.

gezien. Door de wet ook van toepassing te laten zijn op deze privaatrechtelijke rechtspersonen, wordt een 'niet gering deel van het overheidshandelen' zichtbaar voor de burger en de historie, aldus de regering.[6]

4.2.3 Voor zover

Privaatrechtelijke rechtspersonen worden slechts als bestuursorgaan aangemerkt voor zover zij openbaar gezag uitoefenen. Daarbuiten niet. Er is derhalve sprake van een zogenaamde *voor zover*-benadering.[7] Die geldt ook onder de Archiefwet. Het gevolg daarvan is dat 'een privaatrechtelijke rechtspersoon uitsluitend zorgdrager in de zin der wet is voor de archiefbescheiden welke voortvloeien uit het uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden.'[8] In een rapport van de Rijksarchiefinspectie uit 2000 wordt nader uitgelegd wat dit precies inhoudt. Volgens de inspectie gaat het om alle bescheiden die rechten geven of waaruit rechten van derden blijken, zoals 'beschikkingen, beleidsregels en andere besluiten van algemene strekking en regelingen.' Daarnaast betreft het het onderliggende dossier, waaronder de aanvraag met bijlagen, het gevraagde advies, de toetsingsstukken en dergelijke. De inspectie geeft aan dat 'alleen op deze wijze (...) het onderliggende werkproces [is] te reconstrueren en te verantwoorden.'[9]

4.2.4 Rechtspraak

Rechtspraak over de interpretatie van het begrip overheidsorgaan in de zin van de Archiefwet 1995 heb ik niet aangetroffen. Vermeldenswaardig is evenwel een Afdelingsuitspraak van 6 juni 2007 inzake het Kabinet van de Koningin.[10] Deze uitspraak betreft de weigering van de Minister van Algemene Zaken om een aan hem gericht Wob-verzoek door te zenden naar het Kabinet van de Koningin (hierna: het Kabinet) voor zover het documenten betreft die daar berusten. De doorzendplichten van artikel 2:3 lid 1 Awb en artikel 4 Wob zien alleen op het doorzenden aan een ander *bestuursorgaan*. De Minister heeft geweigerd het verzoek door te zenden, omdat het Kabinet volgens hem geen bestuursorgaan is. De Afdeling komt tot dezelfde conclusie. Het Kabinet is volgens de Afdeling ten eerste geen orgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb, omdat aan het Kabinet geen eigen, zelfstandige taken zijn opgedragen. Het Kabinet verricht uitsluitend ondersteunende taken ten dienste van de uitoefening van de constitutionele taken van de Koningin. Daarnaast kan het uitsluitend opgedragen zijn van ondersteunende taken niet worden aangemerkt als het bekleed zijn met openbaar gezag in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb, aldus de Afdeling. Derhalve bestond voor de Minister in casu geen doorzendverplichting. In het licht van de Archiefwet 1995 is deze uitspraak opmerkelijk te noemen, aangezien het

6 *Kamerstukken II* 1992/93, 22866, nr. 3, p. 19-20.
7 Zie § 2.2.6.
8 *Kamerstukken II* 1993/94, 22 866, nr. 7, p. 9.
9 Rijksarchiefinspectie 2000, p. 32.
10 *AB* 2008, 143 (m.nt. Peters).

Kabinet van de Koning, althans zijn *directeur*, op grond van artikel 23 lid 1 jo. artikel 24 lid 1 Archiefwet 1995 als overheidsorgaan wordt beschouwd.[11] De Afdeling lijkt zich daarvan onvoldoende rekenschap te geven.[12]

Een verklaring voor het feit dat er geen rechtspraak is (gepubliceerd) over het begrip overheidsorgaan, is er mogelijk in gelegen dat de bestuursrechter de beslissing tot het al dan niet vernietigen van archiefbescheiden niet als Awb-besluit beschouwt en derhalve niet appellabel is.[13] Aan de andere kant zou wellicht kunnen worden verwacht dat er wel geschillen zijn ontstaan naar aanleiding van een aanwijzing op grond van artikel 24 lid 1 Archiefwet 1995. De minister heeft op grond van dit artikel de bevoegdheid om overheidsorganen als bedoeld in de artikelen 23 leden 1 en 2, en artikel 41 lid 1, er op te wijzen dat zij dienen te voldoen aan het bepaalde bij of krachtens de Archiefwet 1995.[14] Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer heeft staatssecretaris Nuis aangegeven dat de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 24 lid 1 onder meer tot doel heeft om zekerheid te verschaffen of een bepaalde instelling wel of niet onder de reikwijdte van de wet valt. In eerste instantie wordt er over twijfelgevallen overleg gevoerd door een commissie waarin Rijk, gemeenten en provincies zijn vertegenwoordigd. Blijft er evenwel twijfel bestaan over de status van een instantie, dan kan de minister een aanwijzing geven op grond van artikel 24 Archiefwet 1995, waartegen beroep bij de rechter – de aanwijzing is kennelijk een Awb-besluit – openstaat. De minister geeft aan dat er geen zodanig eenduidig criterium bestaat, dat iedere twijfel over de status van een instelling wegneemt. Wel biedt de wet, aldus de minister, 'een systeem (...) op basis waarvan in geval van twijfel een duidelijke en heldere oplossing kan worden gevonden.'[15] Dat systeem wordt dus gevormd door de overlegcommissie tezamen met de aanwijzingsbevoegdheid van de minister met daaraan gekoppeld de toegang tot de rechter, die uiteindelijk het laatste woord heeft. Hierover heb ik eveneens geen rechtspraak aangetroffen.

4.2.5 Overwegende overheidsinvloed

In het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Archiefwet 1995 werden in artikel 2 onder overheidsorganen ook begrepen de functionarissen van overheidsorganen,

11 Op grond van artikel 23 lid 1 Archiefwet 1995 is de directeur van het Kabinet van de Koning verplicht zorg te dragen voor zijn archiefbescheiden, voor zover deze niet zijn overgebracht naar een rijksarchiefbewaarplaats. Uit artikel 24 lid 1 Archiefwet 1995 blijkt vervolgens dat de directeur van het Kabinet van de Koning als overheidsorgaan wordt beschouwd, aangezien hierin is bepaald dat de minister bevoegd is *overheidsorganen als bedoeld in artikel 23 lid 1* er op te wijzen dat zij dienen te voldoen aan het bepaalde in de Archiefwet. Zie ook Veenendaal 2007, p. 1962-1963; Waalwijk 2007, p. 961-962; Peters onder *AB* 2008, 143 (randnummer 3).

12 Zie ook Kooper in zijn annotatie onder *Gst.* 2007 (7280), 105 (randnummer 10). Aan de andere kant gaat de uitspraak van de Afdeling alleen over het Kabinet der Koningin als zodanig, en niet over zijn directeur.

13 Zijlstra 2008, p. 28 onder verwijzing naar ABRvS 3 juli 2002, *AB* 2002, 396 (m.nt. CMB) en CBb 24 september 2002, ECLI:NL:CBB:AE8690.

14 Zie hierover de memorie van antwoord en de bijbehorende nota van wijziging. *Kamerstukken II* 1993/94, 22 866, nr. 7, p. 4-5 en *Kamerstukken II* 1993/94, 22 866, nr. 8, p. 6.

15 *Handelingen I* 1994/95, 25 april 1995, p. 27-1140, p. 27-1143-27-1145.

de overheidsdiensten, -bedrijven en -instellingen en hun functionarissen.[16] Het begrip overheidsbedrijf omvat volgens de regering de privaatrechtelijke rechtspersonen 'waarvan het beheer in overwegende mate wordt beïnvloed door (organen van) publiekrechtelijke instellingen.' De wet dient dus ook van toepassing te zijn op private instellingen waarvan het beheer onder *overwegende overheidsinvloed* staat. Overwegende overheidsinvloed kan aldus de memorie van toelichting blijken uit 'o.a. het verlenen van goedkeuring aan de begroting, de wijziging van de statuten alsmede de benoeming van het bestuur.' Ter illustratie worden de nuts- en vervoersbedrijven opgevoerd.[17]

Opmerkelijk genoeg is deze categorie van overheidsorganen met een nota van wijziging uit het wetsvoorstel verdwenen. In de toelichting op de nota van wijzing is te lezen dat de regering geen noodzaak meer ziet om de genoemde categorie op te nemen in de wet, omdat die categorie thans is ondervangen met het overnemen van het bestuursorgaanbegrip in artikel 1.[18] Dat lijkt mij een misvatting. Overwegende overheidsinvloed is namelijk – behoudens in ambtenaarrechtelijke verhouding – geen criterium ter determinering van het begrip bestuursorgaan.[19] De private overheidsbedrijven worden dus geenszins ondervangen door in artikel 1 aan te sluiten bij de Awb. Een en ander heeft tot gevolg dat met de aanpassing van artikel 2 Archiefwet een categorie rechtspersonen buiten het toepassingsbereik van de wet wordt gelaten, waarvan het aanvankelijk expliciet de bedoeling was die categorie onder de Archiefwet te laten vallen. Toch is de regering echt afgestapt van het idee dat ook private instellingen met overwegende overheidsinvloed overheidsorgaan zijn. Dat komt duidelijk naar voren tijdens de beraadslaging in de Tweede Kamer over het wetsvoorstel. Het Kamerlid Valk (PvdA) vraagt de minister nog eens naar de reikwijdte van de wet. Meer in het bijzonder vraagt hij naar de private rechtspersonen met overwegende invloed van de overheid, zoals nutsbedrijven en vervoersbedrijven.[20] Minister d'Ancona maakt duidelijk dat 'overwegende overheidsinvloed' 'thans niet langer een zelfstandig criterium' is ter vaststelling of sprake is van een overheidsorgaan. Voor privaatrechtelijke rechtspersonen is slechts nog bepalend of zij zijn bekleed met openbaar gezag.[21] Uit de opmerkingen van de minister kan dus worden afgeleid dat overwegende overheidsinvloed geen openbaar gezag kan opleveren. De parlementaire behandeling in de Eerste Kamer

16 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 866, nrs. 1-2, p. 2.

17 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 6 en p. 21. De regering beoogde aansluiting te zoeken bij de Nota Archiefbeleid. In deze nota wordt een uitbreiding van de Archiefwet bepleit naar overheidsbedrijven, overheidsstichtingen en niet-publiekrechtelijke instellingen die een wettelijke taak uitvoeren. *Kamerstukken II* 1984/85, 19 068, nrs. 1-2, p. 11-12. Als voorbeelden worden genoemd: de openbare nutsbedrijven, de NOS, de Stichting centraal bureau afgifte rijvaardigheidsbewijzen, de Nederlandse Spoorwegen en de NV Luchthaven Schiphol. Met de uitbreiding wordt beoogd de totaliteit van de overheidssector onder de Archiefwet te brengen. Zie UCV 47, 10 februari 1986, p. 19.

18 *Kamerstukken II* 1993/94, 22 866, nr. 8, p. 5.

19 Zie daarover § 2.2.5.4.

20 *Handelingen II* 1993/94, 13 april 1994, p. 69-5092.

21 *Handelingen II* 1993/94, 13 april 1994, p. 69-5100. Vergelijk in dit verband de opmerkingen van regeringscommissaris Scheltema over de betekenis van overwegende overheidsinvloed voor het bestuursorgaanbegrip tijdens de parlementaire behandeling van de Awb. Zie § 2.2.5.4.

levert weinig nieuwe inzichten op.[22] Opvallend is wel dat Staatssecretaris Nuis tijdens de Eerste Kamer behandeling de indruk wekt dat 'overheidsbedrijven in privaatrechtelijke vorm' wel degelijk onder het bereik van de wet vallen.[23] De vraag is welke betekenis aan deze laatste uitspraak moet worden toegekend. Hier kan men staatsrechtelijk gezien op twee manieren redeneren. Het zou zo kunnen zijn dat de staatssecretaris hier een uitspraak doet over het criterium openbaar gezag, zoals dat wordt gehanteerd in de Awb (en waarbij in de Archiefwet aansluiting is gezocht). Los van het feit dat de staatssecretaris niet in de positie is om daarover uitspraken te doen, lijkt daarvan geen sprake te zijn.[24] Het lijkt er daarentegen veeleer op dat de staatssecretaris zich uitlaat over het criterium openbaar gezag, zoals dat in de specifieke context van de Archiefwet wordt gehanteerd. In dat geval wekt de staatssecretaris de indruk dat in de Archiefwet een breder begrip van openbaar gezag wordt gebruikt dan in de Awb. Of die conclusie daadwerkelijk kan worden verbonden aan de opmerking van de staatssecretaris kan mijns inziens sterk worden betwijfeld. Het is bovendien niet uitgesloten dat de staatssecretaris alleen doelt op overheidsbedrijven in privaatrechtelijke vorm die *met enig openbaar gezag zijn bekleed*. Het citaat van de staatssecretaris luidt letterlijk: 'Als laatste hoofdzaak noem ik de uitbreiding van het begrip "overheidsorgaan". Ook overheidsbedrijven in privaatrechtelijke vorm en semi-publieke en particuliere instellingen met enig openbaar gezag bekleed, vallen onder het bereik van de Archiefwet.'

4.3 Rode draad

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Archiefwet 1995 van toepassing is op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Voor de toepasselijkheid van de Archiefwet is bepalend of die instanties als overheidsorgaan kunnen worden aangemerkt. Daarvoor is weer bepalend of zij met openbaar gezag zijn bekleed. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4, is uitgebreid uiteengezet dat zowel woningcorporaties als ProRail niet over openbaar gezag beschikken. Dit betekent dat de Archiefwet ten aanzien van woningcorporaties en ProRail geen toepassing vindt. Het was aanvankelijk wel de bedoeling om private overheidsbedrijven zoals ProRail onder de reikwijdte van de Archiefwet te brengen, maar daar is het uiteindelijk niet van gekomen. Een en ander neemt overigens niet weg dat de door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten (en de daaraan ten grondslag liggende dossiers) wel onder de Archiefwet vallen. Deze besluiten worden namelijk toegerekend aan de minister, wiens archiefbescheiden wel onderworpen zijn aan de Archiefwet.[25]

22 Zie *Kamerstukken I* 1993/94, 22 866, nr. 356a, p. 2-3; *Kamerstukken I* 1993/94, 22 866, nr. 356b, p. 3.

23 *Handelingen I* 1994/95, 25 april 1995, p. 27-1142.

24 Bovendien zou die uitspraak afwijken van hetgeen regeringscommissaris Scheltema daarover heeft opgemerkt in het kader van de Awb. Zie § 2.2.5.4.

25 De minister is een overheidsorgaan in de zin van artikel 1 onder b sub a Archiefwet 1995 en dient zorg te dragen voor zijn archiefbescheiden (art. 23 Archiefwet 1995). Zie ook § 2.4.3.

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is nagegaan in hoeverre de regels over de nationale overheidsarchieven uit de Archiefwet 1995 van toepassing zijn op semipublieke instellingen. De Archiefwet 1995 is van toepassing op overheidsorganen in de zin van artikel 1 aanhef en onder b van die wet. De definitie van het begrip overheidsorgaan sluit aan bij het bestuursorgaanbegrip van artikel 1:1 lid 1 Awb. Die keuze lijkt te zijn ingegeven door de harmonisatie- en systematiseringsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt. Dat in de Archiefwet 1995 gesproken wordt over 'overheidsorgaan' in plaats van 'bestuursorgaan' heeft te maken met het bredere bereik van de Archiefwet 1995. Deze wet heeft namelijk ook betrekking op de in artikel 1:1 lid 2 Awb van het bestuursorgaanbegrip uitzonderde organen, zoals de wetgevende macht, de organen met rechtspraak belast en de Raad van State. Vandaar het andere label.

Semipublieke instellingen zijn onderworpen aan de regels van de Archiefwet 1995, wanneer zij kunnen worden aangemerkt als zorgdrager in de zin van artikel 41 Archiefwet 1995. Dit artikel verklaart kort gezegd de regels uit de Archiefwet 1995 van toepassing op 'andere overheidsorganen' dan de in de wet genoemde overheidsorganen als rijk, provincies, gemeenten en waterschappen. Een semipublieke instelling wordt aangemerkt als overheidsorgaan, voor zover zij met *openbaar gezag* is bekleed (art. 1 aanhef onder b en onder 2 Archiefwet 1995). Dit betekent dat een semipublieke instelling uitsluitend zorgdrager is in de zin van de wet voor wat betreft de archiefbescheiden die voortvloeien uit het uitoefenen van openbaar gezag. Het gaat hier om alle bescheiden die rechten geven of waaruit rechten van derden blijken, zoals beschikkingen, beleidsregels en andere besluiten van algemene strekking en regelingen. Daarnaast betreft het het onderliggende dossier, waaronder de aanvraag met bijlagen, het gevraagde advies, de toetsingsstukken en dergelijke. Semipublieke instellingen waarvan het beheer is onderworpen aan overwegende invloed van de overheid vallen naar alle waarschijnlijkheid niet onder het toepassingsbereik van de Archiefwet 1995, hoewel dat blijkens de parlementaire geschiedenis aanvankelijk wel de bedoeling was.

Ten slotte is in dit hoofdstuk bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Archiefwet 1995 van toepassing is op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Deze instellingen kunnen niet worden aangemerkt als overheidsorgaan, omdat zij niet over openbaar gezag beschikken. Dit betekent dat de Archiefwet ten aanzien van woningcorporaties en ProRail geen toepassing vindt.[26]

26 Dit neemt overigens niet weg dat de door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten (en de daaraan ten grondslag liggende dossiers) wel onder de Archiefwet vallen. Deze besluiten worden namelijk toegerekend aan de minister, wiens archiefbescheiden wel onderworpen zijn aan de Archiefwet. Zie ook § 2.4.3.

Hoofdstuk 5 Wet openbaarheid van bestuur

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag in hoeverre semipublieke instellingen onder het toepassingsbereik vallen van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). De toepasselijkheid van de Wob brengt met zich dat op grond van die wet voor de betrokken semipublieke instelling de actieve en passieve openbaarheidsverplichtingen gelden. Het doel van de Wob is de burger de mogelijkheid te bieden om de bestuurlijke besluitvormingsprocessen te doorzien en meer in het algemeen het verwezenlijken van een goede en democratische bestuursvoering.[1]

De toepasselijkheid van de Wob is gekoppeld aan verschillende overheidsbegrippen, die in dit hoofdstuk achtereenvolgens aan bod zullen komen. De Wob is primair van toepassing op bestuursorganen (§ 5.2). Voorts is deze wet van toepassing op een 'instelling, dienst of bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan' (§ 5.3). De regels over hergebruik van informatie zijn van toepassing op 'overheidsorganen' (§ 5.4). Ook wordt aandacht besteed aan het initiatiefwetsvoorstel voor een nieuwe Wob, de Wet open overheid, dat thans aanhangig is bij de Tweede Kamer. De reden daarvoor is dat een belangrijk aspect van het wetsvoorstel is om de Wob (indirect) uit te breiden naar de gehele semipublieke sector (§ 5.5). Om de analyse van de verschillende overheidsbegrippen in de Wob meer concreet te maken, wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan of woningcorporaties en ProRail onder de reikwijdte van de Wob vallen (§ 5.6). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 5.7).

5.2 Bestuursorgaan[2]

Het eerste lid van artikel 1a Wob luidt:

> Deze wet is van toepassing op de volgende bestuursorganen:
> a. Onze Ministers;
> b. de bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie;
> c. bestuursorganen die onder de verantwoordelijkheid van de onder a en b genoemde organen werkzaam zijn;
> d. andere bestuursorganen, voor zover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd.

1 Zie *Kamerstukken II* 1974/75, 13 418, nr. 3, p. 8-9; *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 11. Zie over de grondslagen van de openbaarheid van overheidsinformatie Daalder 2005, p. 11 e.v.

2 Zie over de ontwikkeling van de werkingssfeer van de Wob in relatie tot het bestuursorgaanbegrip: Daalder 2005, p. 83-88.

De toepasselijkheid van de Wob is primair gekoppeld aan het begrip bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. De keuze daarvoor is ingegeven door de harmonisatie- en systematiseringsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt.[3]

Dit betekent dat de Wob op semipublieke instellingen van toepassing is voor zover zij als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb.[4] De rechtspraak over het b-orgaanbegrip in de Wob sluit aan bij de rechtspraak onder de Awb. Het verdient opmerking dat ook de Silicose-jurisprudentie wordt toegepast in de context van de Wob.[5] Dat is niet zonder meer vanzelfsprekend. De Silicose-rechtspraak betreft namelijk een strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het oog op de toegang tot de bestuursrechter, terwijl het bij de Wob gaat om de afbakening van materiële rechtsregels.

Semipublieke instellingen zijn alleen b-orgaan *voor zover* zij met openbaar gezag zijn bekleed. Daarmee is nog niet gezegd welke gedragingen precies onder de reikwijdte van de Wob vallen. In de memorie van toelichting bij de Wet tot wijziging van de Wet Nationale ombudsman en de Wet openbaarheid van bestuur is te lezen dat de toepasselijkheid van de Wob 'zich slechts uitstrekt tot die gedragingen van het betreffende (bestuurs)orgaan die zijn gerelateerd aan de uitoefening van het aan het betreffende orgaan toegekende openbare gezag.'[6] Aangenomen moet worden dat de Wob van toepassing is op het uitgeoefende openbaar gezag, alsmede op privaatrechtelijk en feitelijk handelen dat met het openbaar gezag samenhangt.[7] Verder lijkt voor deze problematiek met name bepalend of kan worden gesproken van een 'bestuurlijke aangelegenheid' in de zin van artikel 1 onder b Wob.[8]

In sub d van artikel 1a lid 1 Wob is de mogelijkheid geboden om bij algemene maatregel van bestuur bestuursorganen uit te zonderen. Van die mogelijkheid is gebruik gemaakt door middel van het Besluit bestuursorganen WNO en Wob,[9] waarin worden genoemd de Nederlandse Omroep Stichting, de Nederlandsche Bank N.V. en de Stichting Autoriteit Financiële Markten. De uitzondering geldt slechts voor een deel van hun werkzaamheden. De reden voor de uitzondering is dat de uitgezonderde werkzaamheden van oudsher niet onder de Wob vallen.[10]

---

3 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 41 en p. 51-52. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 456, nr. 3, p. 4.

4 Zie hoofdstuk 2.

5 Zie ABRvS 15 juli 2009, *Gst.* 2009 (7326), 112 (m.nt. N. Jak; *AB* 2009, 247, m.nt. Peters); ABRvS 25 mei 2011, *Gst.* 2011 (7362), 121 (m.nt. Jak; *AB* 2011, 233, m.nt. Peters).

6 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 456, nr. 3, p. 4.

7 Vergelijk § 3.2.2 inzake de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.

8 Zie Zijlstra 2008, p. 26 die verwijst naar Daalder 2005, p. 87 en p. 110 e.v.

9 Besluit van 11 september 1998, *Stb.* 1998, 580, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2013, *Stb.* 2013, 404.

10 Nota van toelichting, p. 4.

5.3 Instelling, dienst of bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan[11]

5.3.1 Algemeen

De Wob is niet alleen van toepassing op bestuursorganen. Artikel 3 lid 1 Wob beoogt de (materiële) reikwijdte van de Wob uit te breiden tot (documenten die berusten bij) instellingen, diensten of bedrijven die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn.[12] De bepaling heeft tevens een *procedurele functie,* in die zin dat het aangeeft dat een Wob-verzoek ook *kan worden ingediend* bij een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling. De gedachte daarachter is de burger tegemoet te komen. De beslissing op het Wob-verzoek wordt namelijk altijd genomen door het verantwoordelijke bestuursorgaan. Voor de burger is echter niet altijd duidelijk of en onder welk bestuursorgaan een instelling, dienst of bedrijf werkzaam is. Daarom kan hij zijn verzoek ook richten tot de instantie die werkzaam is onder verantwoordelijkheid van het beslissende bestuursorgaan.[13]

5.3.2 Parlementaire geschiedenis

Het criterium 'werkzaam onder verantwoordelijkheid van' komt oorspronkelijk uit het Besluit openbaarheid van bestuur (Bob).[14] Uit de nota van toelichting blijkt dat de bevoegdheid tot het geven van opdrachten een verantwoordelijkheidsrelatie met zich brengt.[15] De uitleg van de woorden 'werkzaam onder verantwoordelijkheid van' zoals die tot uitdrukking komt in de nota van toelichting bij het Bob is nagenoeg letterlijk overgenomen in de memorie van toelichting bij artikel 3 lid 1 Wob. Er is sprake van een verantwoordelijkheidsrelatie wanneer de betreffende instellingen, diensten en bedrijven 'zich bij hun werkzaamheden moeten richten naar de opdrachten van het orgaan. De bevoegdheid tot het geven van opdrachten is immers de voorwaarde voor het kunnen dragen van de verantwoordelijkheid.'[16]

---

11 Deze paragraaf is gedeeltelijk ontleend aan mijn annotatie onder ABRvS 16 november 2011, *AB* 2012, 60.

12 Daalder 2005, p. 90.

13 Zie voor dit procedurele aspect de nota van toelichting bij het Besluit openbaarheid van bestuur, Besluit van 12 oktober 1979, *Stb.* 1979, 590, p. 5; Kloosterman & De Ridder 2002, p. 32. De regel dat het verantwoordelijke bestuursorgaan beslist op het verzoek is gebaseerd op de jurisprudentie. Aangenomen moet worden dat artikel 3 lid 1 Wob aan de onder verantwoordelijkheid werkzame instelling zelf geen beslissingsbevoegdheid attribueert. Zie Peters onder *AB* 2007, 103 en Daalder 2005, p. 92. Overigens is niet verzekerd dat de onder verantwoordelijkheid werkzame instelling het aan haar gerichte verzoek ook daadwerkelijk zal doorsturen aan het verantwoordelijke bestuursorgaan. Artikel 4 Wob en art. 2:3 Awb gelden alleen voor bestuursorganen en vinden derhalve geen toepassing. Zie hierover de annotaties van Peters onder *AB* 2004, 227 en *AB* 2007, 103.

14 Besluit van 12 oktober 1979, *Stb.* 1979, 590.

15 *Stb.* 1979, 590, p. 4.

16 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 23.

Voor privaatrechtelijke rechtspersonen geldt dat zij in beginsel niet onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn, omdat zij een eigen bestuur hebben. Dit is evenwel anders wanneer in hun statuten of bij nadere regeling is bepaald dat zij zich moeten richten naar de opdrachten van een bestuursorgaan of dat zij onder diens verantwoordelijkheid werkzaam zijn. Daardoor worden zij immers in staat gesteld en geacht een publiekrechtelijke functie te vervullen.[17] De vraag rijst of het hier gaat om een algemene dan wel bijzondere aanwijzingsbevoegdheid. De regering verwijst bij wijze van voorbeeld naar de Raden voor de kinderbescherming. In de jurisprudentie was reeds uitgemaakt dat de Raden voor de kinderbescherming werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie, omdat de minister op grond van artikel 4 lid 1 Organisatiebesluit raad voor de kinderbescherming *algemene aanwijzingen* kan geven.[18] Gelet hierop zou kunnen worden verwacht dat ook de regering, gelijk de rechter, ervan uitgaat dat sprake is van een instelling werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, indien algemene aanwijzingen kunnen worden gegeven. De memorie van toelichting geeft hierover echter geen uitsluitsel.[19] In de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt opgemerkt dat het erom gaat dat het betreffende overheidsorgaan het 'beleid' van de private organisatie moet kunnen bepalen.[20] Dat lijkt wat minder beperkt dan de bevoegdheid tot het geven van opdrachten. Voorts wordt er door de regering nog op gewezen dat het niet voldoende is dat de directe invloed van de overheid mogelijk is na daartoe nog tot stand te brengen regels. Van invloed kan pas sprake zijn nadat de betreffende regelgeving tot stand is gekomen. Daarmee lijkt de regering zich aan te sluiten bij de uitspraak van de Voorzitter van de ARRvS over de Uitkeringsraad in de zin van de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers, waaruit kan worden afgeleid dat het gebruik van de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels voldoende is voor het aannemen van een verantwoordelijkheidsrelatie.[21]

5.3.3 Rechtspraak

De rechtspraak laat ten aanzien van de interpretatie van de woorden 'werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan' een slingerbeweging zien, die zich begeeft tussen een ruime benadering enerzijds en een engere benadering anderzijds. Aanvankelijk werd uitgegaan van een ruimere interpretatie dan in de parlementaire geschiedenis; een aanwijzingsbevoegdheid was niet vereist. Van belang in dit verband is de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State inzake de Stichting Fonds voor de Letteren.[22] Deze uitspraak heeft lange tijd als standaarduitspraak gegolden. De Minister van Welzijn, Volksgezondheid

17 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 24.
18 Zie Kloosterman & De Ridder 2002, p. 33 onder verwijzing naar ARRvS 10 december 1981, nr. A-2.1720(1980) en ARRvS 13 juli 1984, nr. R02.83.1819 (*Raden voor de kinderbescherming*).
19 Zie voor dit punt Kloosterman & De Ridder 2002, p. 34-35.
20 *Kamerstukken II* 1988/89, 19 859, nr. 9, p. 9.
21 Vz. ARRvS 21 mei 1984, *AB* 1984, 503 (m.nt. H.J. de Ru).
22 ARRvS 11 februari 1991, *AB* 1991, 598.

en Cultuur had zich op het standpunt gesteld dat de Stichting niet meer[23] geacht kan worden onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam te zijn, omdat artikel 7 lid 2 van de Statuten is komen te vervallen, waarin stond dat de Minister aan het bestuur van de Stichting 'concrete voorschriften of opdrachten [kan] geven binnen het kader van de doelstellingen en de werkwijze van de Stichting.' De Afdeling oordeelt echter 'dat nog op tal van plaatsen in de – gewijzigde – statuten de invloed van verweerder op en zijn betrokkenheid bij het functioneren van het Fonds in die mate verzekerd is (gebleven), dat niet met vrucht staande kan worden gehouden dat het Fonds niet meer onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam is.' Hoewel de Minister niet over de statutaire bevoegdheid beschikt om aan het Fonds concrete opdrachten te geven, neemt de Afdeling desondanks aan dat sprake is van een verantwoordelijkheidsrelatie. Uit verschillende statutaire bepalingen blijkt volgens de Afdeling namelijk nog van voldoende invloed op en betrokkenheid bij het functioneren van de stichting.

Vervolgens hanteerde de Afdeling echter een engere interpretatie, die meer aansloot bij de uitleg zoals in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking komt. Bepalend werd geacht of het bestuursorgaan 'opdrachten of aanwijzingen' kan geven aan de betrokken instelling. Zo oordeelde de Afdeling dat de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) geen onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling is in de zin van artikel 3 lid 1 Wob aangezien de VNG zich niet op grond van haar statuten moet richten naar opdrachten of aanwijzingen van de minister of van de bestuursorganen van de bij haar aangesloten gemeenten.[24]

In meer recente rechtspraak was de Afdeling, tot voor kort, weer teruggekeerd naar de ruimere jurisprudentielijn met als standaarduitspraak de hiervoor genoemde uitspraak inzake Stichting Fonds voor de Letteren. Hierin wordt de verantwoordelijkheidsrelatie geïnterpreteerd door middel van het criterium 'overwegende invloed'.[25] Het verdient opmerking dat voor de Comissie Scheltema, inzake de invoeging van de Wob in de Awb in het voorontwerp van de vierde tranche Awb, de uitspraak over de Stichting Fonds voor de Letteren aanleiding vormde om het criterium 'werkzaam onder verantwoordelijkheid van' te vervangen door 'overwegende invloed' (art. 2.3.1.3 van het Voorontwerp).[26] Daar is het overigens niet van gekomen; de Wob is uiteindelijk niet opgenomen in de Awb.

De vraag rijst wanneer een instelling precies onder overwegende invloed staat van een bestuursorgaan. De rechtspraak is op dit punt tamelijk casuïstisch. De overwegingen van de Afdeling maken niet inzichtelijk welke omstandigheden nu precies doorslaggevend of cumulatief zijn. Dit maakt het moeilijk te voorspellen wanneer een private instelling, vanwege 'overwegende invloed', precies onder de

23 Vóór de statutenwijziging had de Afdeling de stichting nog aangemerkt als instelling, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van de minister. ARRvS 12 augustus 1985, nr. R01.84.1580.

24 ABRvS 25 mei 2011, *Gst.* 2011 (7362), 121 (m.nt. Jak; *AB* 2011, 233, m.nt. Peters). Zie ook ABRvS 15 juli 2009, *Gst.* 2009 (7326), 112 (m.nt. Jak; *AB* 2009, 247, m.nt. Peters); ABRvS 26 november 2003, *AB* 2004, 228 (m.nt. Peters).

25 ABRvS 16 november 2011, *AB* 2012, 60 (m.nt. Jak); ABRvS 12 oktober 2011, *AB* 2012, 24 (m.nt. Timmermans; *JB* 2011, 270, m.nt. Sillen).

26 Commissie Scheltema 1999, p. 36-37.

werkingssfeer van artikel 3 lid 1 Wob valt. Als voorbeeld kan worden genoemd de Afdelingsuitspraak inzake de Stichting Dienst Landbouwkundig Onderzoek (Stichting DLO), ID-Lelystad BV en diens rechtsopvolger het Centraal Veterinair Instituut (CVI).[27] Deze uitspraak betreft een verzoek om de openbaarmaking van documenten die gaan over de uitbraak van mond- en klauwzeer in 2001. Stichting DLO is enig aandeelhouder in DLO Holding BV, die weer enig aandeelhouder is in ID-Lelystad BV.[28] Ook de opvolger van ID-Lelystad, het CVI, valt organisatorisch onder stichting DLO. De Afdeling oordeelt dat ID-Lelystad BV en het CVI werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij respectievelijk de staatssecretaris. De Afdeling noemt een aantal omstandigheden op grond waarvan zij 'overwegende invloed' aanneemt. Ten eerste hecht de Afdeling belang aan de relatie tussen de minister en de Stichting DLO zoals die tot uitdrukking komt in een tussen de minister en de stichting gesloten overeenkomst op grond waarvan de stichting haar wettelijke en dienstverlenende taken uitvoert (het WDT-statuut). Bepalend is dat:

- de minister jaarlijks subsidiebeschikkingen afgeeft;
- de minster de programma's en werkplannen vaststelt;
- de minister nadere eisen aan DLO kan opleggen;
- de minister een definitief besluit kan nemen over de wijziging van de overeenkomst;
- de minister verantwoordelijk kan worden gehouden voor de werkzaamheden van de stichting;
- de hoofden van de units van DLO rechtstreeks verantwoording afleggen aan de minister;
- de stichting DLO jegens de minister een informatieverplichting heeft.

Ten tweede acht de Afdeling relevant de informatieverplichting die is opgenomen in een overeenkomst die de minister met ID-Lelystad heeft gesloten tijdens de mkz-uitbraak. Al deze omstandigheden tezamen leveren dus overwegende invloed op. De rechtbank had voor het bestaan van overwegende invloed (de uitspraak spreekt van 'wezenlijke invloed') nog steun gevonden in het feit dat de leden van de Raad van Toezicht van DLO door de minister worden benoemd en ontslagen en de reglementen en statuten de goedkeuring van de minister behoeven.[29] In de uitspraak over de Stichting Fonds voor de Letteren werd door de Afdeling belang gehecht aan het feit dat: de minister financiële invloed heeft; de minister beschikt over een benoemings- en ontslagrecht van het bestuur; namens de minister een ambtenaar de algemene vergaderingen van het bestuur bijwoont; de minister beschikt over een goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van bepaalde rechtshandelingen; het bestuur jaarlijks verslag uitbrengt aan de minister over

27 ABRvS 16 november 2011, *AB* 2012, 60 (m.nt. Jak).

28 Zie voor een bespreking van de rechtspersonenrechtelijke inbedding van ID-Lelystad: Peters onder *AB* 2004, 227.

29 Rb. Arnhem 2 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO2950. Vergelijk ook Rb. Amsterdam 4 juli 2013, *AB* 2013, 234 (m.nt. Peters).

de uitgevoerde werkzaamheden en het beleid; de minister de bestemming van de aan het Fonds verleende subsidiegelden bepaalt. Verder blijkt uit de jurisprudentie dat voor het aannemen van een verantwoordelijkheidsrelatie onvoldoende is het enkele feit dat de overheid alle of een meerderheid van de aandelen van een vennootschap bezit.[30]

Het gebruik van het criterium 'overwegende invloed' is maar van korte duur geweest. Vlak voor het ter perse gaan van dit boek is de Afdeling expliciet weer teruggekeerd naar de engere benadering. In haar uitspraak van 14 mei 2014 inzake ProRail overweegt de Afdeling dat, om te bepalen of een instelling, dienst of bedrijf dat zelf geen bestuursorgaan is werkzaam is onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, bepalend is in welke mate het bestuursorgaan *opdrachten of aanwijzingen* kan geven aan de instelling, dienst of bedrijf en/of in hoeverre de instelling, dienst of bedrijf zich dient te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan.[31] In paragraaf 5.6.3, waarin bij wijze van voorbeeld wordt nagegaan in hoeverre de Wob van toepassing is op ProRail, wordt dieper op deze uitspraak ingegaan.

Zoals gezegd, sluit de engere benadering beter aan bij de interpretatie van artikel 3 lid 1 Wob zoals die in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking komt. Aan de andere kant vereist deze benadering enige oplettendheid in het licht van de implementatie van het Verdrag van Aarhus[32] en de mede ter uitvoering daarvan vastgestelde Richtlijn 2003/4/EG. De Richtlijn ziet op toegang van het publiek tot milieu-informatie. Artikel 3 lid 1 Richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de overheidsinstanties ertoe gehouden zijn de milieu-informatie waarover zij beschikken, of die voor hen wordt beheerd, aan elke aanvrager op verzoek beschikbaar te stellen, zonder dat deze daarvoor een belang hoeft aan te voeren. Overheidsinstanties zijn volgens artikel 2 lid 2 sub c Richtlijn onder andere natuurlijke of rechtspersonen die functies of openbare diensten met betrekking tot het milieu verlenen en onder toezicht staan van een overheidsorgaan of een natuurlijke of rechtspersoon die openbare bestuursfuncties naar nationaal recht uitoefent. Bij de implementatie van de Richtlijn werd op dit punt geen aanpassing van Nederlandse wetgeving noodzakelijk geacht. Wel moet artikel 3 lid 1 Wob richtlijnconform worden uitgelegd. Volgens de regering vallen in dit verband instellingen waarop de overheid een aanzienlijke invloed heeft binnen het bereik van dit artikel. 'Die invloed behoeft niet voort te komen uit enkele specifieke bevoegdheden, zoals de bevoegdheid algemene dan wel specifieke aanwijzingen te geven. Het gaat om de invloed die het resultaat is van de som van de bevoegdheden waarover het

30 Zie ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723, r.o. 6.2. Zie ook Daalder 2011, p. 129 onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 14 oktober 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AF1394. Zie ook Rb. Rotterdam 14 oktober 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AE9419 en Rb. Amsterdam 4 juli 2013, *AB* 2013, 234 (m.nt. Peters).

31 ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723. Al in een eerdere uitspraak, ABRvS 11 december 2013, *Gst.* 2014 (7400), 21 (m.nt. Van der Sluis), kunnen aanknopingspunten worden gevonden voor het vermoeden dat de Afdeling weer op de lijn van de engere benadering is gaan zitten. Dat vermoeden wordt met de uitspraak van 14 mei 2014 bevestigd.

32 *Trb.* 2001, 73.

betreffende bestuursorgaan beschikt', aldus de regering.[33] Gelet hierop, zou de engere interpretatie van artikel 3 lid 1 Wob zoals die in de huidige jurisprudentie van de Afdeling tot uitdrukking komt, weleens niet toereikend kunnen zijn in het licht van de implementatie van het Verdrag van Aarhus en Richtlijn 2003/4/EG. Het is goed mogelijk dat private instellingen die functies of openbare diensten verlenen met betrekking tot het milieu, waarop een bestuursorgaan een overwegende invloed heeft, maar die zich niet hoeven te richten naar opdrachten of aanwijzingen van dat bestuursorgaan, onder de reikwijdte van het Verdrag van Aarhus en de Richtlijn vallen. In dat geval volstaat de engere interpretatie van artikel 3 lid 1 Wob in de huidige rechtspraak dus niet, en is een ruimere interpretatie door middel van het criterium 'overwegende invloed' aangewezen. Dit betekent dat er bij de uitleg van artikel 3 lid 1 Wob gedifferentieerd moet worden naar gelang een private instelling al dan niet functies of openbare diensten verleent met betrekking tot het milieu.

Voorts dringt zich de vraag op waaruit een verantwoordelijkheidsrelatie kan voortvloeien. De memorie van toelichting bij de Wob vermeldt dat de verantwoordelijkheidsrelatie kan blijken uit de statuten van de betrokken instelling dan wel uit een nadere regeling.[34] De rechter kijkt doorgaans naar de statuten van de betrokken instelling (en beperkt zich daar soms strikt toe),[35] maar er wordt ook wel verder gekeken, zoals naar een borgstellingsreglement[36] of een overeenkomst.[37]

Ten slotte rijst de vraag of ook een *indirecte* verantwoordelijkheidsrelatie valt onder artikel 3 lid 1 Wob. Gewezen kan worden op de eerder genoemde uitspraak inzake ID-Lelystad. In wezen wordt door de Afdeling uit de overwegende invloed die de minister heeft op Stichting DLO afgeleid dat de minister overwegende invloed heeft op ID-Lelystad, dat organisatorisch valt onder Stichting DLO. Het is de vraag of artikel 3 lid 1 Wob zich ook uitstrekt over instellingen die organisatorisch deel uitmaken van instellingen die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan. Door Peters wordt die vraag negatief beantwoord: 'Dat een moedermaatschappij zich onder het bereik van de Wob bevindt, betekent echter nog niet dat de dochtervennootschappen daar eveneens onder vallen. Ook voor een dochter geldt als zodanig hetzelfde criterium van overwegende overheidsinvloed.'[38] De Afdeling kiest in de uitspraak over ID-Lelystad echter voor een andere benadering. Het is de vraag of deze benadering gelet op de huidige jurisprudentie nog stand houdt. In de hiervoor genoemde uitspraak van 14 mei 2014 inzake ProRail, waarin de Afdeling weer terugkeert naar de engere benadering, overweegt zij namelijk dat sprake moet zijn van *directe zeggenschap* van de staatssecretaris over de wijze waarop ProRail haar werkzaamheden uitvoert.

---

33 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 835, nr. 3, p. 28; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 877, nr. 3, p. 13.

34 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 24.

35 Zie ABRvS 26 november 2003, *AB* 2004, 228 (m.nt. Peters).

36 Zie ABRvS 15 juli 2009, *Gst.* 2009 (7326), 112 (m.nt. Jak; *AB* 2009, 247, m.nt. Peters).

37 ABRvS 16 november 2011, *AB* 2012, 60 (m.nt. Jak). Zie ook ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723, r.o. 6.

38 Zie punt 6 van zijn annotatie onder *AB* 2004, 227.

5.4 Hergebruik van informatie: overheidsorgaan[39]

Bij de implementatiewet van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie is hoofdstuk V-A aan de Wob toegevoegd.[40] In artikel 11b lid 1 Wob is bepaald dat een ieder een verzoek om hergebruik kan richten tot 'een overheidsorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een overheidsorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.' De toepasselijkheid van de bepalingen over hergebruik is dus gerelateerd aan het begrip 'overheidsorgaan' en niet aan het begrip 'bestuursorgaan'. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat de reikwijdte van de richtlijn wordt bepaald door het begrip 'openbare lichamen', zoals gedefinieerd in artikel 2 lid 1 en lid 2 van de richtlijn. Volgens de memorie van toelichting bij de implementatiewet omvat het begrip 'openbaar lichaam' niet alleen bestuursorganen (en onder verantwoordelijkheid van bestuursorganen werkzame instellingen, diensten en bedrijven), maar ook de organen, personen en colleges die in artikel 1:1 lid 2 Awb van het bestuursorgaanbegrip zijn uitgezonderd, zoals de wetgevende macht, de organen met rechtspraak belast en de Raad van State.[41] Daarom is, in aansluiting op de Archiefwet 1995, gekozen voor het begrip 'overheidsorgaan'. In artikel 1 onder i Wob wordt de term 'overheidsorgaan' omschreven als: 1° een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of 2° een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. Deze definitie omvat dus bestuursorganen (art. 1:1 lid 1 Awb) en de in artikel 1:1 lid 2 Awb uitgezonderde organen.[42] Voor semipublieke instellingen is hier dus relevant de vraag naar het bekleed zijn met openbaar gezag.[43]

Tevens is de regeling over hergebruik van toepassing op 'onder verantwoordelijkheid van overheidsorganen werkzame instellingen'. In de memorie van toelichting bij de implementatiewet wordt aangegeven dat daarmee wordt aangesloten bij artikel 3 lid 1 Wob. Bepalend is dat de instellingen, diensten en bedrijven 'zich bij hun werkzaamheden moeten richten naar de opdrachten van het overheidsorgaan. De bevoegdheid tot het geven van opdrachten is immers de voorwaarde voor het kunnen dragen van verantwoordelijkheid.'[44] Deze interpretatie is overgenomen uit de memorie van toelichting bij de Wob en sluit goed aan op de eerder genoemde engere benadering die nu in de jurisprudentie wordt gehanteerd. Niet werkzaam onder verantwoordelijkheid van een overheidsorgaan zijn volgens de memorie van toelichting zogenaamde 'overheidsbedrijven'. Dat zijn zelfstandige bedrijven met een commercieel doel waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft. Omdat een overheidsbedrijf een eigen bestuur heeft kan van een

39 Zie hierover ook Zijlstra 2008, p. 25-26.

40 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 25 (Wet implementatie richtlijn inzake hergebruik van overheidsinformatie).

41 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 188, nr. 3, p. 6-7.

42 Artikel 11i Wob verklaart een groot aantal Awb bepalingen, waaronder die over rechtsbescherming, van overeenkomstige toepassing op overheidsorganen die geen bestuursorgaan zijn.

43 Zie daarover hiervoor § 5.2.

44 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 188, nr. 3, p. 7.

verantwoordelijkheidsrelatie geen sprake zijn.[45] In de jurisprudentie was al eerder uitgemaakt dat de enkele omstandigheid dat de overheid alle of een meerderheid van de aandelen bezit, nog geen verantwoordelijkheidsrelatie oplevert.[46]

De vraag is of met de keuze voor het begrip overheidsorgaan wel recht wordt gedaan aan de Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie. De toepasselijkheid van deze Richtlijn wordt afgebakend door het begrip openbaar lichaam. Dit zijn de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen, en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.[47] Blijkens deze definitie is de richtlijn van toepassing op *publiekrechtelijke instellingen*. Het begrip publiekrechtelijke instelling is expliciet overgenomen uit de aanbestedingsrichtlijnen.[48] Zoals in hoofdstuk 11 over het aanbestedingsrecht nog zal blijken, is de omvang van het begrip publiekrechtelijke instelling veel ruimer dan het begrip 'overheidsorgaan'. Immers, ook instellingen die niet krachtens publiekrecht zijn ingesteld, of die geen openbaar gezag uitoefenen kunnen publiekrechtelijke instelling zijn. Door aan te sluiten bij het begrip overheidsorgaan heeft de wetgever dan ook gekozen voor een te beperkte interpretatie en implementatie van de Europese Richtlijn.[49] Anderzijds hanteert de wetgever een te ruime interpretatie. Het enkel bekleed zijn met openbaar gezag is weliswaar voldoende om als overheidsorgaan te kunnen worden aangemerkt, maar het is niet voldoende voor het zijn van publiekrechtelijke instelling. Zoals hierna, in hoofdstuk 11, nog zal blijken, is daarvoor immers overheidsfinanciering, overheidstoezicht op het beheer of een bevoegdheid tot aanwijzing van het bestuur nodig. Voor het zijn van overheidsorgaan is dat niet vereist.

5.5 Nieuwe Wob: uitbreiding naar semipublieke sector

Bij de Tweede Kamer ligt momenteel een initiatiefwetsvoorstel van de leden Voortman en Schouw voor een nieuwe Wob: de Wet open overheid.[50] Een belangrijk aspect van het wetsvoorstel is om de Wob (indirect) uit te breiden naar de gehele semipublieke sector. Het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de nieuwe Wob was aanvankelijk ingediend door het oud-Tweede Kamerlid Peters.[51] Inmiddels is de verdediging van het wetsvoorstel voortgezet door de leden Voortman en Schouw.[52]

45 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 188, nr. 3, p. 7; Vergelijk ook de memorie van toelichting bij de Wob (*Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 24) en de nota naar aanleiding van het eindverslag (*Kamerstukken II* 1988/89, 19 859, nr. 9, p. 8-9).

46 Zie § 5.3.3.

47 Artikel 2 lid 1 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

48 Zie nr. 10 van de considerans en art. 2 lid 2 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie. Zie over het begrip publiekrechtelijke instelling in de context van het aanbestedingsrecht § 11.2.

49 Zie Steyger 2007, p. 13.

50 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 8.

51 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nrs. 1-3.

52 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 328, nr. 4 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 6.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft op 5 november 2012 haar (kritische) advies uitgebracht over het wetsvoorstel.[53] In de tweede helft van 2013 hebben de leden Voortman en Schouw een nieuw wetsvoorstel ingediend met een nieuwe memorie van toelichting zoals gewijzigd na het advies van de Raad van State.[54] Hieronder wordt dieper op dit nieuwe wetsvoorstel ingegaan. Daarbij zal ook het eerder uitgebrachte advies van de Raad van State worden betrokken.

In de memorie van toelichting lijkt er opmerkelijk genoeg van te worden uitgegaan dat onder de huidige Wob alleen semipublieke instellingen bekleed met openbaar gezag (b-orgaan) onderworpen zijn aan de Wob. Dat wordt te beperkt geacht.[55] Openbaarheid en transparantie zijn voor de semipublieke sector om dezelfde redenen van belang als voor de publieke sector, aldus de memorie van toelichting.[56] Ten behoeve van inzicht in de besteding van publieke middelen en uitvoering van wettelijke taken wordt de uitbreiding van de toepasselijkheid van de Wob naar de gehele semipublieke sector noodzakelijkheid en wenselijkheid geacht. Daarbij komt dat burgers voor bepaalde voorzieningen afhankelijk zijn van de semipublieke sector. Bovendien levert transparantie een bijdrage aan het vergroten van het maatschappelijk draagvlak van de semipublieke sector.[57]

De nieuwe Wet open overheid zal net als de huidige Wob primair van toepassing zijn op semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb.[58] Daarnaast is de nieuwe wet net als op grond van het huidige artikel 3 lid 1 Wob van toepassing op een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.[59] Verder is het de bedoeling om semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn (indirect) onder de reikwijdte van de Wet open overheid te brengen. Aanvankelijk was in het oorspronkelijke wetsvoorstel beoogd de semipublieke sector rechtstreeks onder de werking van de Wob te brengen.[60] De Afdeling advisering van de Raad van State had zich daarover kritisch uitgelaten.[61] Dit vormt volgens de Afdeling namelijk een inbreuk op de autonomie van de private instellingen: 'Kenmerk van deze autonomie is dat de instellingen de vrijheid

53 Advies van 5 november 2012, zaaknummer W04.120249/I. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 7.

54 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 8; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9.

55 Kennelijk wordt over het hoofd gezien dat ook semipublieke instellingen die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan aan het openbaarheidsregime van de Wob zijn onderworpen (art. 3 lid 1 Wob).

56 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 26.

57 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 26-28.

58 Zie artikel 2.2 lid 1 aanhef en onder a van het wetsvoorstel.

59 Art. 4.1 lid 1 van het wetsvoorstel. Een belangrijke toevoeging daarbij is dat in dat geval het verantwoordelijke bestuursorgaan beslist op het verzoek. Op dit moment is deze regel gebaseerd op de jurisprudentie. Zie hierover en de problemen die daarbij spelen § 5.3.1. Die problemen worden in het wetsvoorstel niet opgelost, met name omdat artikel 4.2 van het wetsvoorstel over de doorverwijzing niet van toepassing is op instellingen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan.

60 Art. 2.2 van het oorspronkelijke wetsvoorstel. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nr. 2.

61 Advies van 5 november 2012, zaaknummer W04.12.0249/I. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 7. Vergelijk ook de opmerkingen van Verheij tijdens een studiemiddag van de VAR over het wetsvoorstel. Zie Van der Laan 2012, § 3.

hebben om hun organisatie naar eigen inzicht in te richten. Hieronder valt ook de wijze waarop zij omgaan met de in de instelling aanwezige informatie. Vanuit dit gezichtspunt hebben private instellingen in staatrechtelijke zin geen rechtstreekse verantwoordingsrelatie met de burger.'[62] Deze kritiek is voor de initiatiefnemers aanleiding geweest om de uitbreiding op een andere manier vorm te geven. De reikwijdte van de wet wordt niet (direct) uitgebreid tot de semipublieke sector. In plaats daarvan is in artikel 2.3 de mogelijkheid geschapen om bij algemene maatregel van bestuur (amvb) rechtspersonen aan te wijzen waarover bij een in diezelfde amvb aangewezen bestuursorgaan informatie kan worden gevraagd. De openbaarmaking heeft betrekking op de besteding van de bekostiging, de uitvoering van de taak of de totstandkoming van besluitvorming. Zo wordt voorkomen dat bijvoorbeeld bij ziekenhuizen patiënteninformatie openbaar wordt. Het aangewezen bestuursorgaan kan bij de semipublieke instelling informatie vorderen die voor openbaarmaking nodig is, zo nodig onder dreiging van een last onder dwangsom (artikel 8.5). Een belangrijke overweging bij deze keuze voor uitbreiding via amvb, is dat daarmee forse uitvoeringslasten worden beperkt, terwijl de informatie nog steeds, zij het getrapt, voor de burger beschikbaar komt.[63]

Zoals gezegd, wordt in artikel 2.3 de mogelijkheid geschapen om bij amvb semipublieke instellingen aan te wijzen te wijzen die geen bestuursorgaan zijn waarover bij een in diezelfde amvb aangewezen bestuursorgaan informatie kan worden gevraagd. Dit artikel bepaalt:

1. Bij algemene maatregel van bestuur kan een andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon of categorie rechtspersonen worden aangewezen, indien deze rechtspersoon
   a. voor meer dan € 100.000 per jaar uit algemene middelen wordt bekostigd;
   b. een wettelijke taak uitoefent;
   c. een publiek belang behartigt;
   d. is aangemerkt als een publieke entiteit in artikel 1, onderdeel c, van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten;
   e. voor meer dan 50% een of meer krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen als aandeelhouder heeft, of
   f. is opgericht door een bestuursorgaan, dan wel een of meer leden van het hoogste orgaan van de rechtspersoon worden benoemd door een bestuursorgaan of waarbij een bestuursorgaan op andere wijze overwegende invloed op het beleid van de rechtspersoon heeft.
2. Bij de in het eerste lid bedoelde maatregel wordt een bestuursorgaan aangewezen dat betreffende de krachtens het eerste lid aangewezen rechtspersonen de in die maatregel genoemde informatie openbaar maakt over de besteding van de bekostiging, de uitvoering van de taak of de totstandkoming van besluitvor-

62 Advies § 4. In het verlengde daarvan stelt de Raad de vraag of de verplichtingen tot openbaarmaking voor private instellingen niet tot gevolg hebben dat sprake kan zijn van een inbreuk op het recht van eigendom in de zin van artikel 1 lid 1 Eerste Protocol EVRM (voetnoot 52).

63 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 7, p. 14; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 28, p. 67-68.

ming. De aangewezen rechtspersoon verstrekt op eerste vordering de benodigde gegevens aan het aangewezen bestuursorgaan.

Allereerst kunnen semipublieke instellingen worden aangewezen die voor meer dan € 100.000 per jaar uit algemene middelen wordt bekostigd (lid 1 onder a). Voor deze grens is gekozen zodat kleine gesubsidieerde instellingen buiten het bereik van de algemene maatregel van bestuur blijven. Voor zover dergelijke instellingen aan het bestuursorgaan verantwoording afleggen in het kader van die bekostigingsrelatie, is dat informatie die bij het bestuursorgaan berust en dus onder de werking van de wet valt.[64] Het verdient opmerking dat de Raad van State zich in zijn advies, juist vanwege dit laatste argument, kritisch heeft uitgelaten over het criterium 'financiering uit algemene middelen'. De Afdeling acht het ongewenst dat instellingen die overheidsfinanciën ontvangen onder de Wob vallen. Er is een verantwoordingsrelatie tussen de ontvanger en de verstrekker van overheidsfinanciën. De verstrekker legt op zijn beurt verantwoording af aan de vertegenwoordigende organen. Indien het een probleem zou zijn dat organisaties die uit publieke middelen worden gefinancierd, zich te zeer aan verantwoording zouden kunnen onttrekken, zou volgens de Afdeling primair bezien moeten worden of de verplichting van de verstrekker van overheidsfinanciën om openbare verantwoording af te leggen over de juiste besteding van de verstrekte middelen aanscherping behoeft. Op die manier blijft de verantwoordingsrelatie in staatsrechtelijke zin duidelijk, aldus de Afdeling.[65]

Voorts kunnen semipublieke instellingen worden aangewezen die een wettelijke taak uitoefenen. Voor dit criterium wordt aansluiting gezocht bij artikel 91 lid 1 onderdeel d van de Comptabiliteitswet 2001 (lid 1 onder b).[66]

Daarnaast kunnen worden aangewezen semipublieke instellingen die een publiek belang behartigen (lid 1 onder c). Ten aanzien van dit criterium wordt aangesloten bij de definitie van de Wetschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, die spreekt van een publiek belang 'indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt.'[67] In zijn advies over het oorspronkelijke wetsvoorstel had de Raad van State zich kritisch uitgelaten over het criterium publiek belang. Dit criterium is volgens hem relatief onbepaald; het is in de praktijk moeilijk vast te stellen wat hieronder valt.[68]

Verder kunnen bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen de semipublieke instellingen die als publieke entiteit zijn aangemerkt in de zin van artikel 1, onderdeel c, van de Wet naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (lid 1 onder d).[69] Blijkens de memorie van toelichting gaat het met name om

64 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 29.
65 Advies § 4.
66 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 29. Zie daarover § 9.3.
67 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 29.
68 Advies § 4. Dit wordt overigens ook onderkend in de oorspronkelijke memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 27.
69 Deze wet verstaat onder een publieke entiteit: (1) een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, niet zijnde een van Onze Ministers; (2) een

publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.[70]

Op grond van lid 1 onder e kunnen worden aangewezen de semipublieke instellingen waarvan de overheid meer dan de helft van de aandelen houdt. Hiermee lijkt tegemoet te worden gekomen aan de kritische kanttekening van de Raad van State dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel niet was aangegeven om hoeveel aandelen het moet gaan – daarin werd slechts aangegeven dat de semipublieke instelling een overheidsorgaan als aandeelhouder heeft.[71] Volgens de Afdeling kon daaruit niet zonder meer worden afgeleid dat sprake is van overwegende overheidsinvloed op het beleid. Het was voor de Afdeling onduidelijk om hoeveel aandelen het moest gaan.[72]

Ten slotte kunnen semipublieke instellingen worden aangewezen die zijn opgericht door een bestuursorgaan, dan wel waarvan een of meer leden van het hoogste orgaan van de instelling worden benoemd door een bestuursorgaan of waarbij een bestuursorgaan op andere wijze overwegende invloed op het beleid van de instelling heeft (lid 1 onder f). De Raad van State had ten aanzien van het oorspronkelijke wetsvoorstel hierover opgemerkt dat kennelijk ervan wordt uitgegaan dat het enkel oprichten van een rechtspersoon door de overheid gelijk is aan het hebben van overwegende invloed.[73]

Van belang is verder nog dat de nieuwe wet van toepassing is op de besturen van koepelorganisaties van openbare lichamen (art. 2.2 lid 1 aanhef en onder g). Dit betekent dat een semipublieke instelling als de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten (VNG) nu ook onder de Wob zal valt.[74] De reden daarvoor is blijkens de memorie van toelichting dat koepelorganisaties een belangrijke publieke taak vervullen doordat zij het openbaar bestuur ondersteunen en adviseren. Daardoor hebben ze grote invloed op het regionale bestuur en beleid. Bovendien wordt de contributie die de verenigingen van hun leden ontvangen bekostigd uit publieke middelen.

---

overige aanbestedende dienst als bedoeld in artikel 1, negende lid, van de aanbestedingsrichtlijn en artikel 2, eerste lid, onderdeel a, van de nutsrichtlijn, niet zijnde de staat; (3) een overheidsbedrijf als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel b, van de nutsrichtlijn; (4) een bedrijf of instelling waaraan een bijzonder of uitsluitend recht verleend is als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van de nutsrichtlijn; (5) een instantie die een opdracht als bedoeld in artikel 8 van de aanbestedingsrichtlijn plaatst; (6) een overige houder van een concessie als bedoeld in artikel 63, eerste lid, van de aanbestedingsrichtlijn. Zie hierover verder § 13.6.

70 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 68-69. Zie over het begrip publiekrechtelijke instelling § 11.2.

71 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nr. 2 (art. 2.2 lid 1 aanhef onder c en onder 2).

72 Advies § 4.

73 Advies § 4. Daaraan kan worden toegevoegd dat oprichting door de overheid niet zonder meer overwegende invloed met zich brengt, omdat een door de overheid opgerichte private rechtspersoon later kan zijn overgelaten aan het particulier initiatief. Omgekeerd kan een door het particulier initiatief opgerichte private rechtspersoon later zijn verstatelijkt. Zie Schroten 2000, p. 33; Jak & Zijlstra 2011, p. 192.

74 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 6, p. 25-26. Thans is de Wob niet van toepassing op de VNG. Zie ABRvS 25 mei 2011, *Gst.* 2011 (7362), 121 (m.nt. Jak; *AB* 2011, 233, m.nt. Peters).

Het verdient voorts opmerking dat ook de Nederlandse Omroep Stichting, de Nederlandsche Bank N.V. en de Stichting Autoriteit Financiële Markten onder de reikwijdte van de nieuwe Wob zullen worden gebracht. Op dit moment geldt voor deze instellingen dat zij op grond van het Besluit bestuursorganen WNO en Wob voor een deel van hun werkzaamheden zijn uitgezonderd van de Wob. Die uitzondering wordt opgeheven. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat een uitzonderingspositie voor deze organen niet is te rechtvaardigen. Daarnaast wordt gesteld dat de uitzonderingsgronden op de openbaarheid van informatie voldoende bescherming bieden aan de belangen die eerst werden beschermd door de informatie categorisch buiten de Wob te plaatsen door middel van de algemene maatregel van bestuur.[75]

5.6 Rode draad

5.6.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Wob van toepassing is op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail.

5.6.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

Voor de toepasselijkheid van de Wob dient allereerst te worden bepaald of woningcorporaties als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.2, is uitgebreid uiteengezet dat woningcorporaties geen bestuursorgaan zijn. Dit betekent dat de Wob om die reden geen toepassing vindt.

Nu woningcorporaties niet kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan, rijst in de tweede plaats de vraag of zij kunnen worden beschouwd als een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling in de zin van artikel 3 lid 1 Wob. Daarvoor is bepalend in welke mate een bestuursorgaan opdrachten of aanwijzingen kan geven aan woningcorporaties en/of in hoeverre woningcorporaties zich dienen te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan. Vooropgesteld zij, dat er geen rechterlijke uitspraken over zijn. Onderstaande is dus niet meer dan een voorlopige analyse van de vraag in hoeverre woningcorporaties werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan.

De Minister voor Wonen en Rijksdienst beschikt op grond van de Woningwet en het BBSH over verschillende bevoegdheden jegens woningcorporaties. Zo beschikt de minister over de bevoegdheid om een *aanwijzing* te geven aan een

75 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 22-23. Peek & Duinkerke 2012, p. 213 merken op dat '(...) deze uitzondering voor informatie die verband houdt met werkzaamheden van DNB en de AFM (...) evenwel aanzienlijk minder ruim [zijn] dan onder de huidige Wob. Onder meer werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet op het notarisambt zijn thans op grond van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob uitgezonderd van de Wob, maar worden niet als *lex specialis* erkend in het Voorstel.'

woningcorporatie waarin zij wordt verplicht bepaalde handelingen te verrichten dan wel na te laten (art. 70d lid 2 sub a Woningwet; art. 41 BBSH).[76] Indien een woningcorporatie niet binnen de gestelde termijn voldoet aan een aanwijzing van de minister, die de verplichting inhoudt tot handelingen die redelijkerwijs niet kunnen worden verricht zonder dat voorafgaand daaraan een schriftelijk plan daarvoor is opgesteld, kan de minister bepalen dat een of meer door hem aangewezen personen of instanties dat plan opstellen (art. 70d lid 2 sub c Woningwet jo art. 43 lid 3 BBSH).[77] De aanwijzingsbevoegdheid van de minister biedt een aanknopingspunt voor de conclusie dat woningcorporaties onder diens verantwoordelijkheid werkzaam zijn. Verder heeft de minster meerdere *goedkeuringsbevoegdheden*. Op grond van artikel 9 en 10 BBSH is instemming vereist van de minister voor het wijzigen van de statuten van de woningcorporatie.[78] Voorts kan de minister de woningcorporatie verbieden dat het overgaat tot het vervreemden van onroerende zaken aan en het op onroerende zaken vestigen van een recht van erfpacht, van opstal of van vruchtgebruik ten behoeve van natuurlijke personen en rechtspersonen of vennootschappen die geen toegelaten instelling zijn (art. 11d lid 1 jo. art. 11e lid 3 BBSH).[79] Voor het aangaan van een juridische fusie is onder omstandigheden ook instemming van de minister nodig (art. 10a en 10b BBSH).[80] Verder kan de minister in het belang van de volkshuisvesting bepalen dat een toegelaten instelling voor een door hem te bepalen tijdvak door hem aangegeven handelingen slechts kan verrichten met de voorafgaande instemming van een of meer door hem aangewezen personen of instanties, dan wel met zijn voorafgaande instemming (art. 70d lid 2 sub b Woningwet jo. art. 43 lid 1 BBSH).[81] Het nieuwe artikel 41a Woningwet bepaalt dat de minister goedkeuring dient te verlenen aan het voornemen om feitelijk werkzaam te zijn in een gemeente in de directe nabijheid van Nederland. Op dit moment is daar nog een statenwijziging voor nodig.[82] Het is nog maar de vraag of deze goedkeurigsbevoegdheden voldoende zijn om te kunnen oordelen dat de minister directe zeggenschap heeft over de wijze waarop woningcorporaties hun werkzaamheden uitvoeren.

Voorts kunnen woningcorporaties op verschillende manieren financieel door de overheid worden ondersteund. Zo kunnen zij van het Centraal Fonds Volkshuisvesting subsidies ontvangen ten behoeve van saneringen en specifieke projecten. Tevens kunnen woningcorporaties in aanmerking komen voor gemeentelijke compensatie in de vorm van garanties voor op de kapitaalmarkt aangetrokken leningen of in de vorm van verlaagde grondkosten of specifieke subsidies voor bepaalde activiteiten.[83] Gelet op de jurisprudentie is het feit dat woningcorporaties gedeeltelijk financieel afhankelijk zijn van de overheid zeer waarschijnlijk onvoldoende om te kunnen oordelen dat woningcorporaties zich

76 Artikel 61d Woningwet (nieuw).
77 Artikel 61g lid 2 t/m 4 Woningwet (nieuw).
78 Artikel 23 lid 2 Woningwet (nieuw).
79 Zie artikel 27 Woningwet (nieuw).
80 Zie artikel 53 Woningwet (nieuw).
81 Artikel 61g lid 1 Woningwet (nieuw).
82 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3, p. 51.
83 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3, p. 16.

bij hun werkzaamheden moeten richten naar opdrachten of aanwijzingen van de minister.[84] Bovendien genereren woningcorpoties voor het overgrote deel zelf hun financiële middelen uit huuropbrengsten en uit de ontwikkeling, bouw en verkoop van onroerend goed.

Al met al biedt met name het feit dat de minister beschikt over een aanwijzingsbevoegdheid jegens woningcorporaties een aanknopingspunt voor een positief antwoord op de vraag of woningcorporaties kunnen worden aangemerkt als onder een bestuursorgaan werkzame instellingen in de zin van artikel 3 lid 1 Wob. Hierover kan echter geen zekerheid worden gegeven. Dat heeft te maken met de casuïstische aanpak in de jurisprudentie waaruit niet duidelijk blijkt welke omstandigheden nu precies doorslaggevend of cumulatief zijn. Derhalve kan niet op voorhand voorspeld worden hoe de rechter in een individueel geval zal oordelen. Dit brengt met zich dat geen eenduidig antwoord kan worden gegeven op de vraag of woningcorporaties werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van de minister. De jurisprudentie zal dit moeten uitwijzen.

Tot slot is het van belang te vermelden dat het initiatiefwetsvoorstel voor een nieuwe Wob, de Wet open overheid, voorziet in de mogelijkheid om de woningcorporaties indirect via een amvb onder de reikwijdte van de wet te brengen.[85]

5.6.3 ProRail

Voor de toepasselijkheid van de Wob dient allereerst te worden bepaald of ProRail als bestuursorgaan kan worden aangemerkt. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.3, is uitgebreid uiteengezet dat ProRail geen bestuursorgaan is.[86] Dit betekent dat de Wob om die reden geen toepassing vindt.[87]

Nu ProRail niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan, rijst in de tweede plaats de vraag of zij kan worden beschouwd als een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan – in dit geval: de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu – werkzame instelling in de zin van artikel 3 lid 1 Wob. Die vraag werd in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam aanvankelijk positief beantwoord.[88] Deze uitspraak betreft een Wobverzoek van RTL Nederland gericht aan de staatssecretaris omtrent informatie over vertrek- en aankomsttijden. De staatssecretaris voert aan dat de gevraagde informatie niet onder hem berust, aangezien ProRail niet werkzaam is onder zijn verantwoordelijkheid als bedoeld

84 Zie ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723.

85 Artikel 2.3 van het huidige wetsvoorstel. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 28. Het oorspronkelijke wetsvoorstel had de bedoeling om de woningcorporaties direct onder de reikwijdte van de Wob te brengen, op grond van artikel 2.2 lid 1 aanhef en onder b, en bijlage 1 van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nr. 1-2.

86 Zie expliciet, in het kader van de Wob, ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723.

87 De informatie die betrekking heeft op de door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten valt uiteraard wel onder de Wob, hoewel het mandaat niet tot gevolg heeft dat ProRail als bestuursorgaan kan worden aangemerkt. Deze in mandaat genomen besluiten worden namelijk toegerekend aan de minister, die wel onder de reikwijdte van de Wob valt (zie art. 1a lid 1 aanhef en onder a Wob). Zie ook § 2.4.3.

88 Rb. Amsterdam 4 juli 2013, *AB* 2013, 234 (m.nt. Peters).

in artikel 3 lid 1 Wob. De rechtbank oordeelt echter anders. Private rechtspersonen zoals ProRail zijn volgens de rechtbank in beginsel niet werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, tenzij sprake is van overwegende overheidsinvloed van het bestuursorgaan op die private rechtspersoon. Daarmee sluit de rechtbank aan bij de toen nog geldende jurisprudentielijn van de Afdeling waarin de verantwoordelijkheidsrelatie wordt geïnterpreteerd door middel van het criterium 'overwegende invloed'.[89] Volgens de rechtbank is sprake van overwegende overheidsinvloed op ProRail. Een samenstel van verschillende factoren is daarvoor bepalend:

'– Op grond van artikel 16, eerste lid, van de Spoorwegwet heeft verweerder door middel van de Beheerconcessie een aantal publieke taken aan ProRail toebedeeld, te weten, het zorgdragen voor de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de hoofdspoorweginfrastructuur, het zorgdragen voor een eerlijke, niet-discriminerende verdeling van de capaciteit van de hoofdspoorweginfrastructuur, zowel ten behoeve van ProRail als ten behoeve van gerechtigden en het zorgdragen voor het leiden van het verkeer over de hoofdspoorweginfrastructuur. In artikel 6 van de Beheerconcessie zijn als prestatie-indicatoren onder meer vermeld: de beschikbaarheid en betrouwbaarheid van de hoofdspoorweginfrastructuur, de kwaliteit van de capaciteitsverdeling en de kwaliteit van de informatievoorziening.
– De Staat der Nederlanden is enig aandeelhouder van ProRail. Dit betekent onder meer dat verweerder, als vertegenwoordiger van de Staat, de jaarrekening vaststelt en de leden van de Raad van Bestuur en van de Raad van Commissarissen van ProRail kan benoemen en vervangen. Verweerder heeft in de praktijk ook daadwerkelijk gebruik gemaakt van deze laatste bevoegdheid, zoals blijkt uit uitlatingen van de toenmalige minister Eurlings in de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2011/2012, 32 707, nr. 9, p. 73):
"Ik heb de voorzitter van de raad van commissarissen vervangen en later ook de directeur en heb gemerkt hoe dicht ProRail bij je kan komen als je er zelf energie in steekt. Het ministerie is uiteindelijk de baas van ProRail."
– ProRail wordt grotendeels door verweerder uit publieke middelen gefinancierd door middel van subsidies via het Infrastructuurfonds. Daarbij stelt verweerder specifieke – geoormerkte – gelden aan ProRail beschikbaar ten behoeve van door de Staat bepaalde projecten. ProRail zorgt vervolgens voor de feitelijke realisering daarvan met gebruikmaking van die gelden.
– De basis voor het toezicht van verweerder op ProRail wordt enerzijds gevormd door de Spoorwegwet en de Beheerconcessie. Hierin zijn de zorgtaken van ProRail vastgelegd. Anderzijds is de Wet Infrastructuurfonds van belang omdat op basis van deze wet ProRail voor de uitvoering van deze taken door verweerder wordt bekostigd. Ook het aandeelhouderschap van de Staat speelt een rol in de toezichtrelatie.
– ProRail heeft jegens verweerder een informatieverplichting, bestaande uit het afleggen van financiële verantwoording en het afleggen van verantwoording

89 Zie daarover § 5.3.3.

voor de uitvoering van de publieke taken op het niveau van de centrale overheid, waarbij het publiek belang wordt gediend, die aan ProRail zijn toebedeeld bij de Beheerconcessie.
- Verweerder beschikt over een stelsel van sturings- en handhavingsinstrumenten indien ProRail de verplichtingen uit de Beheerconcessie niet nakomt. Het gaat hier om interventiemogelijkheden zowel in de hoedanigheid van concessieverlener als die van aandeelhouder (zie hierover de onderzoeksbevindingen in het rapport van de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2008/09, 31 919, nrs. 1-2, p. 27 e.v.). Daarnaast wordt – zoals ter zitting is toegelicht – gebruik gemaakt van gezamenlijk overleg, zodat partijen tot een gewenste oplossing kunnen komen waarbij de publieke taak optimaal kan worden uitgevoerd.
- ProRail levert desgewenst op verzoek de benodigde aanvullende informatie aan verweerder ten behoeve van het vaststellen of verantwoorden van het beleid van verweerder terzake van het spoor en het personenvervoer, of voor het beantwoorden van vragen uit de Kamer.'[90]

Het samenstel van financiële afhankelijkheid en verschillende vormen van sturing en toezicht leveren volgens de rechtbank overwegende invloed op. Van belang zijn de toebedeling van publieke taken via de Beheersconcessie; het enig aandeelhouderschap van de Staat en; de financiering via het Infrastructuurfonds. Dat resulteert in financiële afhankelijkheid van ProRail; informatieplichten voor ProRail; sturings- en handhavingsinstrumenten via de concessieverhouding en; sturings- en handhavingsinstrumenten via het aandeelhouderschap.[91]

Volgens de rechtbank zijn de genoemde omstandigheden ieder op zichzelf beschouwd onvoldoende om te kunnen spreken van overwegende overheidsinvloed. Bepalend is het samenstel van deze omstandigheden. Welke omstandigheden precies doorslaggevend of cumulatief zijn, is echter niet inzichtelijk gemaakt. Interessant in dit verband is dat in de lagere jurisprudentie eerder al was uitgemaakt dat het enkele feit dat de overheid alle of een meerderheid van de aandelen van een vennootschap bezit onvoldoende is voor het aannemen van een verantwoordelijkheidsrelatie.[92]

Verder springt in het oog dat volgens de rechtbank enkel sprake is van een verantwoordelijkheidsrelatie tussen de staatssecretaris en ProRail 'voor zover het de publieke taakvoering door ProRail betreft met betrekking tot de taken als spoorbeheerder en verkeersleider, met – onder meer – als kernprestatie de kwaliteit van de informatievoorziening.'[93] Dit houdt in dat de rechtbank een 'voor zoverbenadering' hanteert. ProRail kan volgens de rechtbank 'in ieder geval voor wat betreft de hier relevante publieke taken als een onder verantwoordelijkheid van [de staatssecretaris] werkzaam bedrijf (...) worden aangemerkt (...).' Dit betekent volgens de rechtbank dat alleen de met die publieke taken samenhangende informatie die zich bij ProRail bevindt onder de reikwijdte van artikel 3 van de Wob valt.

90 R.o. 6.6.
91 Zie ook randnummer 4 van de annotatie van Peters onder de uitspraak.
92 Zie § 5.3.3.
93 R.o. 6.7.

Een dergelijke voor zover-benadering vloeit niet voort uit de parlementaire geschiedenis of de jurisprudentie over artikel 3 lid 1 Wob. Sterker nog, de formele (organisatorische) aard van het door de rechtbank gehanteerde criterium 'overwegende invloed' verdraagt zich eigenlijk helemaal niet met een voor zover-benadering. Wanneer sprake is van een verantwoordelijkheidsrelatie dan betekent dit dat de betrokken instelling als zodanig aan de Wob is onderworpen. De rechtbank had daarom ook beter kunnen concluderen dat ProRail als zodanig werkzaam is onder verantwoordelijkheid van de staatssecretaris. Dit betekent evenwel niet dat dan ook alle informatie die bij ProRail berust onder het toepassingsbereik van de Wob zou vallen. De toepasselijkheid van de Wob is namelijk beperkt tot de informatie die kan worden aangemerkt als 'bestuurlijke aangelegenheid' in de zin van artikel 1 onder b Wob. Het is overigens de vraag of de betrokken informatie gelet op de concessieverhoudingen wel kan worden aangemerkt als bestuurlijke aangelegenheid en of bedrijfsbelangen zich niet tegen openbaarmaking verzetten.[94]

Kort voordat dit boek werd gedrukt, heeft de Afdeling in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank vernietigd.[95] Daarbij heeft de Afdeling, zoals eerder uiteengezet, afstand genomen van het door de rechtbank en eerder ook door de Afdeling zelf gehanteerde criterium 'overwegende invloed' ter invulling van de verantwoordelijkheidsrelatie als bedoeld in artikel 3 lid 1 Wob. De Afdeling is weer teruggekeerd naar de engere benadering die inhoudt dat, om te bepalen of een instelling, dienst of bedrijf dat zelf geen bestuursorgaan is werkzaam is onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, bepalend is in welke mate het bestuursorgaan *opdrachten of aanwijzingen* kan geven aan de instelling, dienst of bedrijf en/of in hoeverre de instelling, dienst of bedrijf zich dient te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan.

Volgens de Afdeling is ProRail niet werkzaam onder verantwoordelijkheid van de staatssecretaris. Aan die conclusie legt zij de volgende redenering ten grondslag. Het enkele feit dat een bestuursorgaan een meerderheidsaandeel heeft in een privaatrechtelijke rechtspersoon, is naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende om aan te nemen dat die rechtspersoon werkzaam is onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. De uit het aandeelhouderschap voortvloeiende bevoegdheden van de staatssecretaris om de leden van de Raad van Toezicht en de Raad van Commissarissen van ProRail te benoemen en te ontslaan geven de staatssecretaris slechts indirecte invloed op de werkzaamheden van ProRail, aldus de Afdeling. Voorts overweegt de Afdeling dat het enkele feit dat ProRail financieel afhankelijk is van subsidies die via het Infrastructuurfonds door de staatssecretaris worden verleend, eveneens onvoldoende is om te kunnen oordelen dat ProRail zich bij haar werkzaamheden moet richten naar opdrachten of aanwijzingen van de staatssecretaris. De subsidierelatie van ProRail is weliswaar gekoppeld aan de instemming van de staatssecretaris met de in de Beheerconcessie opgenomen prestatie-indicatoren, maar dat houdt echter niet in dat de staatssecretaris directe zeggenschap heeft over de wijze waarop ProRail de werkzaamheden om

94 Zie ook randnummer 5 van de annotatie van Peters onder de uitspraak.
95 ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723.

de prestatie-indicatoren te bereiken uitvoert. Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat uit de regelgeving, de Beheerconcessie en de statuten van ProRail niet is gebleken dat ProRail zich bij haar werkzaamheden heeft te richten naar opdrachten van de staatssecretaris of dat daaruit volgt dat de staatssecretaris bevoegd is enige andere aanwijzing aan ProRail te geven. Verder overweegt de Afdeling: 'Met de rechtbank is de Afdeling voorts van oordeel dat de uit de Beheerconcessie, het aandeelhouderschap en de subsidierelatie voortvloeiende bevoegdheden die de staatssecretaris heeft jegens ProRail ieder op zichzelf beschouwd onvoldoende zijn om te kunnen spreken van een directe zeggenschap over de uitvoering van de werkzaamheden. Naar het oordeel van de Afdeling kan, anders dan de rechtbank heeft overwogen, een samenstel van bevoegdheden waarover de staatssecretaris jegens ProRail beschikt en die ieder voor zich onvoldoende zijn om een directe zeggenschap van de staatssecretaris op ProRail aan te nemen, er echter niet toe leiden dat zij zich bij de uitvoering van haar werkzaamheden waarop de gevraagde informatie ziet moet richten naar opdrachten en aanwijzingen van de staatssecretaris. De staatssecretaris heeft derhalve terecht ProRail wat betreft de in dit geval relevante werkzaamheden niet aangemerkt als een onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam bedrijf.'

Tot slot is het van belang te vermelden dat het initiatiefwetsvoorstel voor een nieuwe Wob, de Wet open overheid, voorziet in de mogelijkheid om ProRail indirect via een amvb onder de reikwijdte van de wet te brengen.[96] Op grond van artikel 2.3 lid 1 aanhef en onder e van het wetsvoorstel kunnen namelijk bij amvb semipublieke instellingen worden aangewezen waarvan de overheid voor meer dan 50% aandeelhouder is. Bij een tevens in die amvb aangewezen bestuursorgaan kan vervolgens om informatie over ProRail worden gevraagd.

5.7 Conclusie

De Wob is blijkens artikel 1a Wob primair van toepassing op bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb. De keuze om in de Wob aan te sluiten bij het bestuursorgaanbegrip is ingegeven door de harmonisatie- en systematiseringsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt. Voor semipublieke instellingen betekent dit dat de actieve en passieve openbaarheidsverplichtingen voor hen gelden voor zover zij als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Daarvoor is bepalend of zij over openbaar gezag beschikken. De toepasselijkheid van de Wob is niet beperkt tot de uitoefening van openbaar gezag, maar strekt zich ook uit tot die gedragingen die zijn *gerelateerd* aan de uitoefening van openbaar gezag. Opmerkelijk is dat ook de Silicose-jurisprudentie in het kader van de Wob wordt toegepast. Dat is niet zonder meer vanzelfsprekend aangezien de Silicose-rechtspraak een strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip

96 Volgens het oorspronkelijke wetsvoorstel zou de nieuwe Wob direct van toepassing zijn op ProRail. Zie artikel 2.2 lid 1 aanhef en onder c sub 2 van het oorspronkelijke wetsvoorstel. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nr. 1-2.

betreft met het oog op de toegang tot de bestuursrechter, terwijl het bij de Wob gaat om de afbakening van materiële rechtsregels.

Voorts is de Wob op grond van artikel 3 lid 1 Wob van toepassing op een 'instelling, dienst of bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan'. Blijkens de parlementaire geschiedenis is van een dergelijke verantwoordelijkheidsrelatie sprake als de betrokken instelling zich moet richten naar de opdrachten van een bestuursorgaan. In de jurisprudentie werd lange tijd een ruimere benadering gehanteerd. Voldoende was dat het bestuursorgaan invloed heeft op en betrokken is bij het functioneren van de betrokken instelling. Van een bevoegdheid tot het geven van opdrachten hoefde geen sprake te zijn. Op een gegeven moment is de ABRvS een wat engere benadering gaan gebruiken, die meer aansloot bij de interpretatie in de parlementaire geschiedenis. Bepalend werd geacht of het bestuursorgaan 'opdrachten of aanwijzingen' kan geven. In meer recente rechtspraak was de Afdeling, tot voor kort, weer teruggekeerd naar de ruimere jurisprudentielijn. Voor het bestaan van een verantwoordelijkheidsrelatie werd bepalend geacht of het bestuursorgaan beschikt over 'overwegende invloed' op de betrokken private instelling. Sinds kort is de Afdeling expliciet weer teruggekeerd naar de engere benadering. In haar uitspraak van 14 mei 2014 inzake ProRail overweegt de Afdeling dat, om te bepalen of een instelling, dienst of bedrijf dat zelf geen bestuursorgaan is werkzaam is onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, bepalend is in welke mate het bestuursorgaan *opdrachten of aanwijzingen* kan geven aan de instelling, dienst of bedrijf en/of in hoeverre de instelling, dienst of bedrijf zich dient te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan. Hoewel deze engere interpretatie van artikel 3 lid 1 Wob enerzijds beter aansluit bij de parlementaire geschiedenis van de Wob, zou deze interpretatie anderzijds weleens niet toereikend kunnen zijn in het licht van de implementatie van het Verdrag van Aarhus en Richtlijn 2003/4/EG. Het is goed mogelijk dat private instellingen die functies of openbare diensten verlenen met betrekking tot het milieu, waarop een bestuursorgaan een overwegende invloed heeft, maar die zich niet hoeven te richten naar opdrachten of aanwijzingen van dat bestuursorgaan, onder de reikwijdte van het Verdrag van Aarhus en de Richtlijn vallen. In dat geval volstaat de engere interpretatie van artikel 3 lid 1 Wob in de huidige rechtspraak dus niet, en is een ruimere interpretatie door middel van het criterium 'overwegende invloed' aangewezen. Dit betekent dat er bij de uitleg van artikel 3 lid 1 Wob gedifferentieerd moet worden naar gelang een private instelling al dan niet functies of openbare diensten verleent met betrekking tot het milieu.

De regels over hergebruik van informatie zijn gekoppeld aan het begrip 'overheidsorgaan'. Kort gezegd gaat het hier om bestuursorganen inclusief de in artikel 1:1 lid 2 Awb uitgezonderde organen. Voor semipublieke instelling is dus ook hier bepalend in hoeverre zij met openbaar gezag zijn bekleed (b-orgaan). Ook semipublieke instellingen die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan vallen onder de regels voor hergebruik.

In dit hoofdstuk is voorts ingegaan op het initiatiefwetsvoorstel voor een nieuwe Wet openbaarheid van bestuur, de Wet open overheid. Een belangrijk aspect van het wetsvoorstel is om de Wob (indirect) uit te breiden naar de gehele semipublieke sector. Daartoe is in artikel 2.3 van het wetsvoorstel de mogelijkheid

geschapen om bij amvb semipublieke instellingen aan te wijzen waarover bij een in diezelfde amvb aangewezen bestuursorgaan informatie kan worden gevraagd.

Ten slotte is in dit hoofdstuk bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Wob van toepassing is op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Woningcorporaties kunnen niet worden aangemerkt als bestuursorgaan (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb); om die reden vallen zij niet onder de reikwijdte van de Wob. Dat is anders wanneer zij kunnen worden gekwalificeerd als instelling werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan (art. 3 lid 1 Wob). Met name het feit dat de minister beschikt over een aanwijzingsbevoegdheid jegens woningcorporaties biedt een aanknopingspunt voor een positief antwoord op de vraag of woningcorporaties kunnen worden aangemerkt als onder een bestuursorgaan werkzame instellingen in de zin van artikel 3 lid 1 Wob. Hierover kan echter geen zekerheid worden gegeven. Dat heeft te maken met de casuïstische aanpak in de jurisprudentie waaruit niet duidelijk blijkt welke omstandigheden nu precies doorslaggevend of cumulatief zijn. Derhalve kan niet op voorhand voorspeld worden hoe de rechter in een individueel geval zal oordelen. Dit brengt met zich dat geen eenduidig antwoord kan worden gegeven op de vraag of woningcorporaties werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van de minister. De jurisprudentie zal dit moeten uitwijzen. Het initiatiefwetsvoorstel voor een nieuwe Wob, de Wet open overheid, voorziet in ieder geval in de mogelijkheid om de woningcorporaties indirect via een amvb onder de reikwijdte van de wet te brengen (art. 2.3 lid 1 van het wetsvoorstel).

Wat betreft ProRail geldt eveneens dat zij geen bestuursorgaan is; om die reden is de Wob niet op haar van toepassing.[97] Voorts heeft de Afdeling geoordeeld dat ProRail niet kan worden aangemerkt als bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan (art. 3 lid 1 Wob). Het initiatiefwetsvoorstel voor een nieuwe Wob, de Wet open overheid, voorziet in ieder geval in de mogelijkheid om ProRail indirect via een amvb onder de reikwijdte van de wet te brengen. Op grond van artikel 2.3 lid 1 aanhef en onder e van het wetsvoorstel kunnen namelijk bij amvb semipublieke instellingen worden aangewezen waarvan de overheid voor meer dan 50% aandeelhouder is. Bij een tevens in die amvb aangewezen bestuursorgaan kan vervolgens om informatie over ProRail worden gevraagd.

97 De informatie die betrekking heeft op de door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten valt uiteraard wel onder de Wob, hoewel het mandaat niet tot gevolg heeft dat ProRail als bestuursorgaan kan worden aangemerkt. Deze in mandaat genomen besluiten worden namelijk toegerekend aan de minister, die wel onder de reikwijdte van de Wob valt (zie art. 1a lid 1 aanhef en onder a Wob). Zie ook § 2.4.3.

Hoofdstuk 6 Algemene wet gelijke behandeling

6.1 Inleiding

Het College voor de rechten van de mens is bevoegd om op schriftelijk verzoek dan wel ambtshalve onderzoek in te stellen of een onderscheid tussen personen wordt gemaakt in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).[1] Daarbij wordt onderscheiden tussen overheidshandelen en handelen door de burgers. Het College is bevoegd te oordelen over alle handelingen van burgers. Ten aanzien van het overheidshandelen is het slechts ten dele bevoegd: *eenzijdig overheidshandelen* valt buiten het bereik van de bevoegdheid van het College. Eenzijdig overheidshandelen heeft betrekking op zowel *feitelijke handelingen* als *publiekrechtelijke rechtshandelingen*.[2] De uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen geldt alleen voor artikel 7 lid 1 Awgb. Andere artikelen, zoals artikel 5 lid 1 Awgb (onderscheid bij de arbeid) en artikel 7a Awgb (onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming), hebben betrekking op alle soorten overheidshandelingen. Artikel 7 lid 1 Awgb luidt:

> Onderscheid is verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van loopbaanoriëntatie en advies of voorlichting over school- of beroepskeuze, indien dit geschiedt:
> a. in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
> b. door de openbare dienst;
> c. door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs; of
> d. door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt.

Uitgangspunt is dat de overheid, net als de burger, onderworpen is aan artikel 7 lid 1 Awgb. Dat blijkt ook uit het feit dat de 'openbare dienst' als normadressaat wordt genoemd onder b. De (toen nog) Commissie gelijke behandeling (CGB) heeft in haar oordelen evenwel het standpunt ingenomen dat eenzijdig overheidshandelen niet onder artikel 7 lid 1 valt.[3] Daardoor heeft het begrip 'eenzijdig

1 Art. 10 e.v. Wet college voor de rechten van de mens. Tot 1 oktober 2012 was de Commissie Gelijke Behandeling daartoe bevoegd. Met de inwerkingtreding van de Wet college voor de rechten van de mens (wet van 24 november 2011, *Stb.* 2011, 573) is de CGB vervangen door het College voor de rechten van de mens.

2 Zie voor een overzicht met verwijzingen naar oordelen: Zoontjens 2006, p. 124.

3 Soms is het eenzijdig overheidshandelen wel toetsbaar onder artikel 7 Awgb, namelijk wanneer dat het karakter heeft van het aanbieden van goederen en diensten. Artikel 7 Awgb geldt namelijk steeds in zoverre de overheid gelijk een particulier deelneemt aan het maatschappelijk en

overheidshandelen' als *functie* om de toepasselijkheid van artikel 7 lid 1 Awgb en, in het verlengde daarvan, de bevoegdheid van het College voor de rechten van de mens af te bakenen. Daarbij zij opgemerkt dat de uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen zich binnen artikel 7 lid 1 feitelijk alleen toespitst op het 'aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten'.[4]

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre het handelen van een semipublieke instelling kan worden aangemerkt als zogenaamd 'eenzijdig overheidshandelen' in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling. Die vraag is van belang omdat, zoals gezegd, de onderzoeksbevoegdheid van het College van de rechten van de mens zich, bij wijze van uitzondering, niet over dergelijk eenzijdig overheidshandelen uitstrekt. Ter beantwoording van voornoemde vraag wordt ingegaan op de achtergrond en de ratio van de uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen (§ 6.2).Vervolgens wordt nagegaan wanneer het handelen van semipublieke instellingen als eenzijdig overheidshandelen kan worden aangemerkt (§ 6.3). Om de analyse van het concept 'eenzijdig overheidshandelen' meer concreet te maken, wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre het handelen van enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail als zodanig kan worden aangemerkt (§ 6.4). Afgesloten wordt met een conclusie (§ 6.5).

6.2 Achtergrond en ratio uitzondering eenzijdig overheidshandelen

De uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen is niet terug te vinden in de wet. Zij is ontstaan in de jurisprudentie van de Commissie Gelijke Behandeling. De CGB baseert de uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen op de parlementaire behandeling van de Awgb.[5] Daaruit kan worden afgeleid dat de overheid moet worden gezien als een instantie die op grond van haar publieke taak altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten. De vrees van de toenmalige minister Dales was dat toetsing van het eenzijdig overheidshandelen aan het stelsel van de Awgb onvoldoende ruimte laat voor een dergelijke belangenafweging, omdat er in vergelijking met artikel 1 van de Grondwet geen ruimte overblijft voor objectief gerechtvaardigd onderscheid.[6] Dit houdt verband met het feit dat de Grondwet een open stelsel kent, wat inhoudt dat onderscheid gemaakt door de overheid onrechtmatig is, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. De Awgb kent daarentegen een gesloten stelsel, er is – buiten gevallen van indirect

of economisch verkeer (zie onder andere CGB 3 december 2003, Oordeel 2003-148). Zo werd het eigen woningbezit onder minder draagkrachtigen door de Commissie als 'overheidstaak als zodanig' aangeduid, maar het te koop aanbieden van sociale koopwoningen door het college van B&W werd niettemin gerekend tot het zakelijk goederen- en dienstenverkeer als bedoeld in artikel 7 lid 1 Awgb (CGB 11 april 2002, Oordeel 2002-42). Zie voor meer voorbeelden Zoontjens 2006, p. 125.

4 Zoontjens 2006, p. 129.

5 Zie bijvoorbeeld CGB 15 juli 1996, Oordeel 1996-63 onder verwijzing naar *Handelingen II* 1992/93, 11 februari 1993, p. 48-356 t/m 48-3570 en p. 3593 t/m 48-3595. Zie voor een uitgebreide bespreking van het parlementaire debat Zoontjens 2006, p. 126-129; Zoontjens 2007, p. 293.

6 Zoontjens 2006, p. 128; Zoontjens 2007, p. 293.

onderscheid[7] – geen plaats voor objectieve rechtvaardigingsgronden.[8] Of dit daadwerkelijk leidt tot het door de minister gevreesde gevolg dat onder de Awgb, anders dan onder artikel 1 Grondwet, door de overheid gemaakt onderscheid verboden wordt terwijl daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat, is niet met zekerheid te zeggen.[9] Voor zover het gaat om onderscheid op grond van ras en geslacht lijkt er geen verschil te bestaan tussen de Awgb en artikel 1 Grondwet, omdat algemeen wordt aangenomen dat voor dergelijk onderscheid geen reële rechtvaardiging mogelijk is.[10] Dat is mogelijk anders met betrekking tot onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.[11]

Later, in de kabinetsnota naar aanleiding van de evaluatie van de Awgb, heeft de regering betoogd dat er geen noodzaak bestaat om het eenzijdig overheidshandelen onder het bereik van de Awgb te brengen.[12] Daartoe voert de regering ten eerste aan dat artikel 1 Grondwet al voorziet in een discriminatieverbod jegens de overheid. Deze opmerking kan worden begrepen tegen de achtergrond van de doelstelling van de Awgb. De wetgever heeft alleen beoogd in de Awgb het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet voor de overheid uit te werken voor zover de overheid zich in zijn maatschappelijke verschijningsvorm – als werkgever of als contractant – niet wezenlijk onderscheidt van particulieren.[13] Daarbuiten geldt (alleen) artikel 1 Grondwet. Ten tweede brengt de regering naar voren dat reeds 'de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtsbescherming tegen eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandelingen [bieden].'[14] De redenering is kennelijk dat het College voor de rechten van de mens niet bevoegd behoort te zijn als de bestuursrechter bevoegd is. De bestuursrechter is in beginsel bevoegd te oordelen over besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.[15] Dat verklaart evenwel niet waarom het College voor de rechten van de mens niet bevoegd hoeft te zijn ten aanzien van feitelijke overheidshandelingen; dat zijn immers geen Awb-besluiten. Bovendien rijst de vraag waarom de door de bestuursrechter geboden rechtsbescherming de taak van het College voor de rechten van de mens overbodig zou maken. Zo is ook de Nationale ombudsman bevoegd op het terrein van de bestuursrechter.[16]

7 Zie art. 2 lid 1 Awgb.
8 Zie Zoontjens 2007, p. 152-153; Zoontjens 2007, p. 303-304.
9 Zoontjens 2007, p. 306.
10 Buiten de uitzonderingen genoemd in art. 2 lid 2 en lid 4 Awgb.
11 Zoontjens 2007, p. 306.
12 *Kamerstukken II* 2001/02, 28481, nr. 1, p. 17.
13 *Kamerstukken II* 2001/02, 28481, nr. 1, p. 17; Zoontjens 2006, p. 126, p. 154; Zoontjens 2007, p. 305.
14 *Kamerstukken II* 2001/02, 28481, nr. 1, p. 17; Zie Zoontjens 2006, p. 128-129; Zoontjens 2007, p. 293.
15 Zie art. 8:1 Awb.
16 Zie hoofdstuk 3.

6.3 Eenzijdig overheidshandelen en bestuursorgaanbegrip

Wat precies wordt verstaan onder eenzijdig overheidshandelen is tamelijk casuistisch. Het lijkt te gaan om feitelijke overheidshandelingen en publiekrechtelijk rechtshandelingen.[17] Daarnaast hanteert het College voor de rechten van de mens geen duidelijk geëxpliciteerde criteria ter vaststelling van welke instellingen in haar ogen tot de overheid behoren.[18]

Voor semipublieke instellingen lijkt in ieder geval te gelden dat hun handelen als eenzijdig overheidshandelen kan worden aangemerkt, voor zover zij handelen als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. De keuze om het bestuursorgaanbegrip in dit verband als maatstaf te gebruiken sluit aan bij de eerder genoemde kabinetsnota naar aanleiding van de evaluatie van de Awgb, waarin de regering, bij haar afwijzing van de uitbreiding van de werkingssfeer van de Awgb naar eenzijdig overheidshandelen, de Awb als uitgangspunt en maatstaf lijkt te beschouwen.[19]

Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op het oordeel van de CGB over de vraag of zij bevoegd is te oordelen over het handelen van het Advies en Meldpunt Kindermishandeling (AMK), een onderdeel van Bureau Jeugdzorg.[20] De klacht was dat het AMK de hulpvraag van verzoeker en zijn meldingen over mishandeling van zijn zoon niet adequaat heeft onderzocht. De CGB onderzoekt of de betreffende handelingen wel onder de reikwijdte van artikel 7 Awgb vallen. Zij overweegt:

> '4.5 (...) Indien het handelen van verweerder plaatsvindt in het kader van de rechtspleging of van publiekrechtelijke aard is, is er sprake van zogenaamd eenzijdig overheidshandelen dat buiten de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie valt (CGB 6 februari 2003, oordeel 2003-16 en CGB 29 mei 1998, oordeel 1998-61).
> 4.6 De vraag is of de werkzaamheden van verweerder zijn te duiden als handelingen van privaatrechtelijke aard of als overheidshandelen. Van het laatste is sprake, indien verweerder is aan te merken als bestuursorgaan. In dit verband is van belang dat verweerder een rechtspersoon is die krachtens publiekrecht is ingesteld of met enig openbaar gezag bekleed (artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a respectievelijk b

17 Zie voor een overzicht met verwijzingen naar oordelen: Zoontjens 2006, p. 124.
18 Zie Zoontjens 2006, p. 168; Zoontjens 2007, p. 293.
19 Vergelijk Zoontjens 2006, p. 131.
20 CGB 13 april 2006, Oordeel 2006-66. Bureau Jeugdzorg wordt in stand gehouden door een stichting. Zie artikel 4 Wet op de jeugdzorg. Zie tevens CGB 15 augustus 2005, Oordeel 2005-152 over de Commissie Buitenlands Gediplomeerden Volksgezondheid (CBGV), die niet als bestuursorgaan wordt aangemerkt. De CGB was dus bevoegd. In een andere zaak (Oordeel 2005-151) achtte zij zich weer *niet* competent te oordelen over *adviezen* van de CBGV. Weliswaar is de CBGV geen bestuursorgaan, maar aan de adviezen moet volgens de CGB hetzelfde effect worden toegekend 'dat uit een oogpunt van bevoegdheid van de Commissie tot toetsing aan een eenzijdig genomen bestuursrechtelijk besluit is verbonden. Dat effect houdt in dat de Commissie zich overeenkomstig haar vaste jurisprudentie op dit punt in het algemeen onbevoegd acht een inhoudelijk oordeel te geven over verboden onderscheid betreffende eenzijdig genomen, bestuursrechtelijke besluiten.' Zie voorts o.a. CGB 10 april 2003, Oordeel 2003-50.

> Algemene wet bestuursrecht.) De vraag is dus of verweerder ten aanzien van verzoeker een publiekrechtelijke bevoegdheid heeft uitgeoefend. (...).'

De CGB zoekt dus aansluiting bij het bestuursorgaanbegrip in de Awb. Het AMK kan als b-orgaan worden gekwalificeerd als het met openbaar gezag is bekleed. In dat verband beziet de CGB of het AMK een publiekrechtelijke bevoegdheid heeft uitgeoefend. De CGB concludeert dat het handelen van AMK inderdaad als de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid moet worden aangemerkt. Zij verwijst daartoe naar artikel 34a van de thans vervallen Wet op de jeugdhulpverlening, waarin stond dat 'het AMK tot taak heeft het naar aanleiding van een melding van kindermishandeling of een vermoeden daarvan te onderzoeken of sprake is van kindermishandeling, het op de hoogte stellen van degene die een melding heeft gedaan van de stappen die door het AMK zijn ondernomen en het verstrekken van advies aan een persoon die een vermoeden van kindermishandeling heeft over de stappen die door hem in verband hiermee kunnen worden ondernomen en het zonodig ondersteunen daarbij.' Deze taak wordt door de CGB als een publiekrechtelijke taak beschouwd. Het beslissen of en op welke wijze onderzoek wordt gedaan naar aanleiding van een melding over kindermishandeling is daarom volgens de CGB aan te merken als de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en betreft derhalve eenzijdig overheidshandelen. Dit geldt ook voor het (feitelijk) handelen dat 'direct en onlosmakelijk' daarmee verband houdt, zoals het op de hoogte stellen en adviseren van de melder van kindermishandeling. Er is derhalve geen sprake van het aanbieden van goederen of diensten in het maatschappelijk verkeer als bedoeld in artikel 7 Awgb; de CGB verklaart zichzelf ter zake onbevoegd. Het is opmerkelijk dat de CGB uit de uitoefening van een (publiekrechtelijke) *taak* het bestaan van een publiekrechtelijke *bevoegdheid* afleidt. Doorgaans levert een taak nog geen bevoegdheid op.[21] Voorts lijkt het in casu te gaan om de uitoefening van openbaar gezag in de vorm van feitelijk handelen. Betwijfeld kan namelijk worden of het beslissen om onderzoek te doen naar aanleiding van een melding wel (publiekrechtelijke) rechtsgevolgen met zich brengt.[22] Verder springt in het oog dat de CGB ook het feitelijk handelen dat *samenhangt* met de uitoefening van openbaar gezag als eenzijdig overheidshandelen bestempeld.[23]

Het College voor de rechten van de mens lijkt in haar jurisprudentie ook de Silicose-rechtspraak te betrekken om te beoordelen of private rechtspersonen eenzijdige overheidshandelingen verrichten. Zo oordeelde de CGB dat de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen bij het besluiten tot toekenning of weigering

21 Zie Zoontjens 2006, p. 133; Zoontjens 2007, p. 295. Een dergelijke 'sprong' van publieke taak naar publieke bevoegdheid maakt de CGB ook in Oordeel 2004-19. Hierin oordeelt de Commissie dat een directeur van een bijzondere school een Awb-besluit neemt als hij op grond van artikel 11, aanhef en onder g Leerplichtwet 1969 (LW) jo artikel 14 lid 1 LW het verlof verleend dat een jongere de school tijdelijk niet bezoekt. Volgens de Commissie is hier aan de directeur een 'publieke taak' opgedragen waarvan de uitoefening een besluit oplevert. Preciezer zou het zijn geweest als gesproken werd over een bij wet opgedragen publiekrechtelijke bevoegdheid.

22 Zie Zoontjens 2006, p. 134; Zoontjens 2007, p. 296.

23 Zie hierover paragraaf 2.2.6.

van Nationale Hypotheek Garantie (NHG) eenzijdige overheidshandelingen verricht.[24] Daarvoor zijn volgens de CGB de volgende aspecten doorslaggevend:

> '5.4 (...) Van belang [is] dat verweerster is opgericht door het Ministerie van VROM en de VNG. Verweerster is verantwoordelijk voor het beleid en de uitvoering van de NHG. Zij stelt de regels op voor het verstrekken van de NHG. Deze regels worden ter goedkeuring voorgelegd aan de Minister van VROM en de VNG.
> 5.5 Het ministerie van VROM en de VNG hebben ook invloed via de benoeming van commissarissen. Twee van de vijf commissarissen zijn benoemd door het ministerie van VROM. Eén commissaris is benoemd door de VNG. Daarnaast hebben de Vereniging Eigen Huis en de Vereniging van Banken ook ieder een commissaris benoemd.
> 5.6 Verweerster heeft achtervang-overeenkomsten met het Rijk en gemeenten. Op basis daarvan ontvangt verweerster renteloze leningen op het moment dat het fondsvermogen niet meer toereikend is.'

Deze omstandigheden leiden volgens de CGB tot de conclusie dat de rechtsverhouding tussen de stichting en de geldlener wordt beheerst door het bestuursrecht. De stichting oefent een publieke taak uit, indien zij besluit tot toekenning of weigering van NHG, hetgeen dient te worden aangemerkt als eenzijdig overheidshandelen, aldus de CGB. Daarbij verwijst de CGB expliciet naar een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, waarin de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen op grond van nagenoeg dezelfde omstandigheden als bestuursorgaan wordt aangemerkt.[25] Deze uitspraak past in de lijn van de Silicose-jurisprudentie. Hoewel de Silicose-rechtspraak een geheel eigen functie heeft in de Awb in verband met de afbakening van de competentie van de bestuursrechter,[26] is goed te verklaren waarom deze rechtspraak ook door het College voor de rechten van de mens wordt toegepast. De gedachte achter de uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen is immers onder andere dat het College niet oordeelt over zaken waarin de bestuursrechter reeds bevoegd is.

6.4 Rode draad

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre het handelen van enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail kan worden aangemerkt als eenzijdig overheidshandelen. Hun handelen kan alleen als zodanig worden gekwalificeerd, voor zover zij handelen als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4, is uitgebreid uiteengezet dat zowel woningcorporaties als ProRail geen bestuursorgaan zijn. Dit betekent dat hun handelen niet kan worden beschouwd als eenzijdig overheidshandelen.

24 CGB 22 december 2003, Oordeel 2003-162.
25 ABRvS 12 november 1998, *AB* 1999, 30 (m.nt. Schreuder-Vlasblom). Zie ook ABRvS 23 december 2009, *AB* 2010, 221 (m.nt. Peters).
26 Zie paragraaf 2.2.5.3.

De onderzoeksbevoegdheid van het College van de rechten van de mens strekt zich derhalve over al hun handelingen uit; van een uitzondering is geen sprake.[27]

6.5 Conclusie

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre het handelen van een semipublieke instelling kan worden aangemerkt als 'eenzijdig overheidshandelen' in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling. De functie van het begrip 'eenzijdig overheidshandelen' is gelegen in de afbakening van de toepasselijkheid van de Awgb – in het bijzonder: artikel 7 lid 1 Awgb. In het verlengde daarvan functioneert het begrip ter afgrenzing van de bevoegdheid van het College voor de rechten van de mens.

De uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen is ontstaan in de jurisprudentie van de Commissie Gelijke Behandeling (thans: College voor de rechten van de mens). De CGB baseert deze uitzondering op de parlementaire behandeling van de Awgb. Daaruit kan worden afgeleid dat de overheid moet worden gezien als een instantie die op grond van haar publieke taak altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten. De vrees van de toenmalige minister Dales was dat toetsing van het eenzijdig overheidshandelen aan het stelsel van de Awgb onvoldoende ruimte laat voor een dergelijke belangenafweging, omdat er in vergelijking met artikel 1 van de Grondwet geen ruimte overblijft voor objectief gerechtvaardigd onderscheid. Of die vrees gegrond is, kan niet met zekerheid worden gezegd. Voorts heeft de regering betoogd dat er geen noodzaak bestaat om het eenzijdig overheidshandelen onder het bereik van de Awgb te brengen, omdat artikel 1 Grondwet al voorziet in een discriminatieverbod jegens de overheid en daarnaast de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur reeds rechtsbescherming bieden tegen eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandelingen.

Wat precies wordt verstaan onder eenzijdig overheidshandelen is tamelijk casuïstisch. Het lijkt te gaan om *feitelijke overheidshandelingen* en *publiekrechtelijk rechtshandelingen*. Daarnaast hanteert het College voor de rechten van de mens geen duidelijk geëxpliciteerde criteria ter vaststelling van welke instellingen in haar ogen tot de overheid behoren. Voor semipublieke instellingen lijkt in ieder geval te gelden dat hun handelen als eenzijdig overheidshandelen kan worden aangemerkt, voor zover zij handelen als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Bepalend is derhalve in hoeverre de semipublieke instelling met openbaar gezag is bekleed. Daaronder valt tevens het feitelijk handelen dat samenhangt met de uitoefening van openbaar gezag. Het College voor de rechten van de mens betrekt in haar jurisprudentie ook de Silicose-rechtspraak.

27 De door ProRail namens de minister krachtens mandaat genomen besluiten vallen uiteraard wel onder de uitzondering van het 'eenzijdig overheidshandelen'. Het gaat dan om eenzijdig overheidshandelen van de minister, aan wie de in mandaat genomen besluiten worden toegerekend. Het mandaat heeft evenwel niet tot gevolg dat ProRail als bestuursorgaan kan worden aangemerkt. Zie § 2.4.3.

Hoewel de Silicose-rechtspraak een geheel eigen functie heeft in de Awb in verband met de afbakening van de competentie van de bestuursrechter, is goed te verklaren waarom deze rechtspraak ook door het College voor de rechten van de mens wordt toegepast. De gedachte achter de uitzondering van het eenzijdig overheidshandelen is namelijk onder andere dat het College niet oordeelt over zaken waarin de bestuursrechter reeds rechtsbescherming biedt. Verder sluit de keuze om het bestuursorgaanbegrip als maatstaf te gebruiken aan bij de kabinetsnota naar aanleiding van de evaluatie van de Awgb. Daarin lijkt de regering, bij haar afwijzing van de uitbreiding van de werkingssfeer van de Awgb naar eenzijdig overheidshandelen, de Awb als uitgangspunt en maatstaf te beschouwen.

Bij wijze van voorbeeld is ten slotte nagegaan in hoeverre het handelen van enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail kan worden aangemerkt als eenzijdig overheidshandelen. Hun handelen kan alleen als zodanig worden gekwalificeerd, voor zover zij handelen als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Zowel woningcorporaties als ProRail zijn echter geen bestuursorgaan. Dit betekent dat hun handelen niet kan worden beschouwd als eenzijdig overheidshandelen. De onderzoeksbevoegdheid van het College van de rechten van de mens strekt zich derhalve over al hun handelingen uit.[28]

28 De door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten vallen uiteraard wel onder de uitzondering van het 'eenzijdig overheidshandelen'. Het gaat dan om eenzijdig overheidshandelen van de minister, aan wie de in mandaat genomen besluiten worden toegerekend. Het mandaat heeft evenwel niet tot gevolg dat ProRail als bestuursorgaan kan worden aangemerkt. Zie § 2.4.3.

Hoofdstuk 7 Ambtenarenwet

7.1 Inleiding

Volgens artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet is ambtenaar in de zin van die wet 'degene, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn.' In het tweede lid van artikel 1 is bepaald dat tot de openbare dienst al de diensten en bedrijven behoren, die door de staat en de openbare lichamen worden beheerd. De Centrale Raad van Beroep heeft artikel 1 Ambtenarenwet *extensief* uitgelegd, door uit te maken dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend, en door in het verlengde daarvan te oordelen dat hun werknemers ambtenaar zijn wanneer de overheid *overwegende invloed heeft op het beheer* van die rechtspersonen. De ratio van deze extensieve uitleg is te voorkomen dat werknemers vanwege de verzelfstandiging van een overheidsdienst in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon, ongerechtvaardigd hun ambtenarenstatus verliezen. Van dat laatste is sprake als het achterliggende overheidslichaam zodanige invloed op het beheer van de private rechtspersoon heeft, dat de overheid in feite kan worden aangemerkt als de werkgever van het personeel dat werkzaam is bij die rechtspersoon.[1]

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag in hoeverre semipublieke instellingen op grond van voornoemde extensieve interpretatie tot de openbare dienst kunnen worden gerekend en hun werknemers ambtenaar zijn. Het antwoord op die vraag is om meerdere redenen van belang. Ten eerste gelden in dat geval de bijzondere materiële rechtsregels die aan de ambtelijke status zijn verbonden.[2] In de tweede plaats handelt de betrokken semipublieke instelling in dat geval als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb voor zover het handelingen verricht jegens een ambtenaar.[3] De bestuursrechter is in beginsel bevoegd kennis te nemen van dergelijke handelingen.[4] Bovendien zijn die handelingen onderworpen aan de materiële normen van de Awb.

Ter beantwoording van voornoemde vraag wordt ingegaan op de extensieve interpretatie van artikel 1 Ambtenarenwet in de rechtspraak (§ 7.2). Daarna wordt nagegaan hoe de extensieve interpretatie zich verhoudt tot de overwegingen in de parlementaire geschiedenis (§ 7.3) en de ratio van de ambtelijke status (§ 7.4). Om de analyse van de extensieve interpretatie van artikel 1 Ambtenarenwet en het criterium van overwegende overheidsinvloed meer concreet te maken, wordt bij wijze

1 Van Zutphen 1991, p. 90 en p. 95; Zijlstra 2008, p. 28-29; Zijlstra 2009, p. 51; Jak & Zijlstra 2011, p. 193.

2 Zie titel III Ambtenarenwet. Zie Zijlstra 2009, p. 109 e.v.

3 Zie daarover uitgebreid paragraaf 2.2.5.4.

4 Art. 8:2 lid 1 aanhef en onder a onder 1 Awb. In hoger beroep is bevoegd de Centrale Raad van Beroep, zie artikel 10 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak, Bijlage 2 bij de Awb. Zie ook Zijlstra 2009, p. 116 met verdere literatuurverwijzingen.

van voorbeeld nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail tot de openbare dienst kunnen worden gerekend vanwege overwegende overheidsinvloed op het beheer (§ 7.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 7.6).

7.2 De extensieve interpretatie in de rechtspraak

7.2.1 Inleiding

De ambtenarenstatus in artikel 1 Ambtenarenwet is afhankelijk van twee elementen: (1) de ambtenaar moet als zodanig zijn aangesteld; (2) binnen een instelling die kan worden aangemerkt als openbare dienst.[5] De Centrale Raad van Beroep heeft het begrip *openbare dienst* (art. 1 lid 2 Ambtenarenwet) extensief uitgelegd door uit te maken dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend, wanneer de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van die rechtspersoon. De vraag rijst wat volgens de Centrale Raad van Beroep onder *overwegende overheidsinvloed* wordt verstaan. Hieronder wordt dieper ingegaan op de jurisprudentie waarin dit criterium tot ontwikkeling is gekomen. Het enkele feit dat een private rechtspersoon vanwege overwegende overheidsinvloed tot de openbare dienst kan worden gerekend, betekent nog niet dat het daar werkzame personeel automatisch ambtenaar is in de zin van artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet. Daarvoor is volgens dit artikel namelijk nodig dat het personeel ook als zodanig is *aangesteld*. Dit aspect komt hierna eveneens aan de orde.

7.2.2 Openbare dienst en overwegende overheidsinvloed

7.2.2.1 Inleiding

Een privaatrechtelijke rechtspersoon kan blijkens de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep tot de openbare dienst (art. 1 lid 2 Ambtenarenwet) worden gerekend indien de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van die rechtspersoon. De vraag is wanneer sprake is van overwegende overheidsinvloed op het beheer. Dit criterium heeft in de jurisprudentie met name vorm gekregen bij stichtingen en in mindere mate bij verenigingen en vennootschappen. Hierna wordt dieper ingegaan op deze jurisprudentie.

7.2.2.2 Stichtingen[6]

Ter vaststelling van overwegende overheidsinvloed stelt de Centrale Raad van Beroep een formele benadering centraal: uitgangspunt is dat aan de hand van de statuten wordt vastgesteld welke invloed de overheid rechtens heeft op het beheer

5 Soms wordt nog een derde element genoemd, namelijk dat de ambtenaar binnen de openbare dienst *werkzaam* moet zijn. De betekenis hiervan is juridisch nauwelijks relevant. Zie Peters 2007, p. 398.

6 Deze paragraaf is ontleend aan een eerdere publicatie van mij en Zijlstra. Zie Jak & Zijlstra 2011, p. 193-195.

van de stichting.[7] De mate waarin feitelijke invloeden aanwezig zijn pleegt daarbij volgens de Centrale Raad van Beroep naar de achtergrond te worden geschoven.[8] De Centrale Raad van Beroep gaat zeer casuïstisch te werk, waardoor het buitengewoon lastig is algemene uitspraken te doen over de factoren die de Raad relevant acht. Dit wordt versterkt door het feit dat de rechter meestal alle (statutaire) bevoegdheden van de overheid jegens de stichting opsomt, zonder aan te geven welke bevoegdheden doorslaggevend zijn. Niettemin zijn er in de rechtspraak een aantal factoren aan te wijzen waaraan steeds moet zijn voldaan wil sprake zijn van overwegende overheidsinvloed. Het gaat om de volgende noodzakelijke factoren:

1. De overheid moet een overwegende invloed hebben op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden. Denk aan de bevoegdheid bestuursleden te schorsen en te ontslaan. De overheid kan dan indirect invloed op het beheer van de stichting uitoefenen.
2. De overheid moet een belangrijke invloed hebben op de financiën van de stichting. Denk bijvoorbeeld aan het vaststellen van de bezoldiging van het stichtingspersoneel, het goedkeuren van de begroting en de controle van de administratie door de overheid, en het afleggen van rekening en verantwoording aan de overheid.
3. De overheid moet een rol spelen ten aanzien van het personeelsbeleid. Het kan hier gaan om de bevoegdheid tot of het geven toestemming voor een aanstelling, schorsing of ontslag. Voorts kan worden geacht aan invloed op het vaststellen van de rechtspositie en de overige arbeidsvoorwaarden van het personeel.
4. Een aantal besluiten van de stichting moet door of namens de overheid worden goedgekeurd.[9]

Indien aan de vier noodzakelijke voorwaarden is voldaan, is daarmee nog niet gezegd dat die voorwaarden ook altijd *voldoende* zijn. De rechter hecht in veel zaken nog belang aan andere factoren die, hoewel weliswaar niet noodzakelijk, wel van doorslaggevende betekenis kunnen zijn om in een individuele zaak tot overwegende overheidsinvloed te concluderen. De volgende aanvullende omstandigheden kunnen worden genoemd:

– de bevoegdheid van de overheid de statuten te wijzigen en de stichting op te heffen;
– het doel waarvoor de stichting is opgericht;
– de bron van de financiële middelen van de stichting;

7 CRvB 8 maart 1988, *TAR* 1988, 103; CRvB 25 juni 1991, *AB* 1992, 12 (m.nt. HH); CRvB 6 september 2007, *JB* 2007, 227 (m.nt. Peters; *TAR* 2007, 196, m.nt. Spee & Timmermans); CRvB 16 mei 2013, *AB* 2013, 189 (m.nt. Peters).

8 CRvB 25 juni 1991, *AB* 1992, 12 (m.nt. HH).

9 Van Zutphen 1991, p. 92-93 met aldaar genoemde jurisprudentieverwijzingen. Zo ook o.a. Schreuder 1994, p. 41; Schroten 2000, p. 32; Zijlstra 2009, p. 51. Zie ook CRvB 6 september 2007, *JB* 2007, 227 (*Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde*; m.nt. Peters; *TAR* 2007, 196, m.nt. Spee & Timmermans).

- de verplichting aan de overheid bepaalde informatie te verschaffen;
- de gebondenheid van het bestuur bij het nemen van besluiten aan richtlijnen door de overheid gesteld;
- en de bevoegdheid van de overheid met betrekking tot het aanwenden van het batig saldo bij liquidatie;[10]
- de stichting is opgericht door de overheid;[11]
- de inkomsten van de stichting zijn ten bate van de overheid;[12]
- het feit dat partijen of de overheid de stichting al dan niet zien als behorend tot de openbare dienst;[13]
- een enkele keer wordt belang gehecht aan het feit dat volgens de statuten de rechtspositieregeling die geldt voor de overheid van overeenkomstige toepassing is op het personeel van de stichting.[14]

De laatste twintig jaar heeft de rechter in zijn jurisprudentie nauwelijks tot geen inzicht gegeven in de toetsingscriteria die hij hanteert; veelal volstaat de rechter met de enkele constatering dat de invloed van de overheid op de stichting dusdanig is dat de stichting al dan niet tot de openbare dienst behoort.[15] Daarom is het lastig – ondanks voormelde criteria – te bepalen onder welke omstandigheden de Centrale Raad van Beroep een stichting onder het begrip openbare dienst brengt.

7.2.2.3 Verenigingen[16]

De rechter wordt maar zelden de vraag voorgelegd of een vereniging tot de openbare dienst kan worden gerekend. In een uitspraak van 20 januari 2011 komt de Centrale Raad van Beroep tot de conclusie dat ten aanzien van de Vereniging Federatief Samenwerkingsverband Weer Samen Naar School regio 3801, geen sprake is van een overwegende overheidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid van de vereniging.[17] Op grond van welke omstandigheden de Centrale Raad van Beroep precies tot dat oordeel komt, is onduidelijk. De Rechtbank Zutphen heeft in 2005 een coöperatieve vereniging tot de openbare dienst gerekend, omdat de Staat 'een zodanig overwegende invloed heeft op het beheer van de coöperatie, waaronder de samenstelling van de directie, de financiën en het toezicht, dat die coöperatie moet worden aangemerkt als zijnde een onderdeel van de openbare

10 Van Zutphen 1991, p. 93.

11 CRvB 9 maart 1939, *AB* 1939, p. 622-623; CRvB 11 april 1963, *AB* 1964, p. 79-81; CRvB 18 juni 1976, *AB* 1979, 35; CRvB 12 september 1985, *TAR* 1985, 221; CRvB 27 februari 1986, *TAR* 1986, 107.

12 CRvB 9 maart 1939, *AB* 1939, p. 622-623.

13 CRvB 1 juli 1993, *TAR* 1993, 173; CRvB 17 november 1994, *TAR* 1995, 11; CRvB 21 december 1994, *TAR* 1995, 65.

14 CRvB 27 februari 1986, *TAR* 1986, 107; CRvB 18 juni 1976, *AB* 1979, 35.

15 Zie CRvB 25 juni 1991, *AB* 1992, 12 (m.nt. HH); CRvB 1 juli 1993, *TAR* 1993, 173; CRvB 17 november 1994, *TAR* 1995, 11; CRvB 21 december 1994, *TAR* 1995, 63; CRvB 21 december 1994, *TAR* 1995, 65; CRvB 4 juli 1997, *TAR* 1997, 196; CRvB 11 maart 1999, *AB* 1999, 386 (m.nt. HH); CRvB 24 februari 2011, *TAR* 2011, 140; CRvB 16 mei 2013, *AB* 2013, 189 (m.nt. Peters).

16 Zie hierover Van Zutphen 1991, p. 96-97.

17 CRvB 20 januari 2011, *AB* 2011, 220 (m.nt. Peters). Zie voorts CRvB 17 oktober 1975, *AB* 1976, 60 (*Utrechts Landbouw Genootschap*) en CRvB 14 juni 1984, *TAR* 1984, 181 (*Vereniging van Nederlandse Gemeenten*).

dienst.'[18] Een helder toetsingskader ontbreekt. De rechter acht relevant de invloed op de samenstelling van de directie, de financiën en het toezicht. Bezien we de factoren die de Centrale Raad ten aanzien van stichtingen in ieder geval noodzakelijk acht, dan valt op dat de rechtbank geen aandacht schenkt aan de rol ten aanzien van het personeelsbeleid en de eventuele bevoegdheid besluiten goed te keuren. Wellicht dat de rechtbank bij verenigingen een soepeler regime hanteert dan bij stichtingen. Anderzijds zie ik geen redenen waarom de rechter met betrekking tot verenigingen een ander toetsingskader zou aanleggen dan bij stichtingen.[19] Bovendien lijkt, gelet op de ratio van deze jurisprudentie, met name de rol ten aanzien van het personeelsbeleid niet te kunnen worden gemist. Het is immers niet de bedoeling dat werknemers van een overheidsdienst vanwege de verzelfstandiging daarvan, hun ambtenarenstatus verliezen, terwijl de overheid in feite als werkgever kan worden beschouwd.

7.2.2.4 Vennootschappen

Al in 1951 heeft de Centrale Raad van Beroep de mogelijkheid geopend om ook naamloze vennootschappen tot de openbare dienst te kunnen rekenen.[20] De Raad oordeelt in een uitspraak van 13 november 1951 over de N.V. Waterleiding Oostelijk Gelderland dat 'de onderhavige N.V. [...] zowel feitelijk als juridisch een zodanig zelfstandig bestaan leidt dat ze niet geacht kan worden te behoren tot de openbare dienst der deelnemende openbare lichamen.'[21] Bepalend zijn de feitelijke en juridische omstandigheden. In meer recente rechtspraak heeft de Centrale Raad van Beroep daarvan geen afstand genomen. In een uitspraak over N.V. Cultureel Centrum X komt de Rechtbank Zutphen tot de conclusie dat de N.V. zowel statutair als feitelijk onder overwegende overheidsinvloed staat en daarom behoort tot de openbare dienst.[22] In hoger beroep acht de Centrale Raad van Beroep 'de beschouwingen die de rechtbank aan de status van N.V. [X] heeft gewijd op zichzelf niet onjuist [...].'[23] Welke omstandigheden heeft de rechtbank nu doorslaggevend bevonden? Volgens de rechtbank blijkt de overwegende invloed uit (1) het feit dat de begroting van de N.V. volgens haar statuten de goedkeuring behoeft van de gemeente Doetinchem; (2) het feit dat de statuten voorschrijven dat de raad van commissarissen geheel uit bestuurders van de aandelen bezittende publiekrechtelijke lichamen bestaat en voor het grootste deel uit bestuurders van de gemeente Doetinchem; (3) het feit dat de raad van commissarissen op grond van de statuten zeer vergaande beheersbevoegdheden heeft, onder meer tot verwerving en vervreemding van bedrijfsmiddelen, het vaststellen van de begroting,

18 Rb. Zutphen 21 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT1618.

19 Zo ook Van Zutphen 1991, p. 97. Zie ook de eerder genoemde uitspraak inzake de Vereniging Federatief Samenwerkingsverband Weer Samen Naar School (CRvB 20 januari 2011, *AB* 2011, 220, m.nt. Peters), waarin de CRvB uitdrukkelijk verwijst naar CRvB 6 september 2007, *JB* 2007, 227 (m.nt. Peters). Deze laatste uitspraak heeft betrekking op een stichting, namelijk de Stichting Diergaarde Blijdorp.

20 Zo ook Jeukens 1959, p. 50; Van Zutphen 1988, p. 124; Van Zutphen 1991, p. 97-98.

21 CRvB 13 november 1951, *AB* 1952, p. 192-193.

22 Rb. Zutphen 3 augustus 1999, ECLI:NL:RBZUT:1999:AA3744.

23 CRvB 22 februari 2001, *AB* 2001, 203 (m.nt. HH).

het opstellen van een bindende voordracht voor de benoeming van de directeur, diens schorsing en het benoemen en ontslaan van het personeel in vaste dienst. Of de Centrale Raad van Beroep deze overwegingen daadwerkelijk tot de zijne maakt is niet zeker.[24]

De vraag rijst of de Centrale Raad van Beroep ten aanzien van vennootschappen hetzelfde toetsingskader aanlegt als bij stichtingen om te bepalen of sprake is van overwegende overheidsinvloed. Dat is op grond van de (schaarse hoeveelheid) rechtspraak niet met zekerheid te zeggen. Overigens wordt in de literatuur betoogd dat, wanneer hetzelfde toetsingskader wordt gehanteerd, de aard van de vennootschapsstructuur zich zou kunnen verzetten tegen het verwezenlijken van de noodzakelijke voorwaarden voor overwegende invloed van de overheid op het beheer van de vennootschap. Rekening moet bijvoorbeeld worden gehouden met de wettelijke verdeling van de bevoegdheden onder de verschillende organen van de vennootschap. Zo is het vennootschapsbestuur wettelijk belast met het bestuur van de vennootschap (art. 2:129 BW en art. 2:239 BW). Het overlaten van beslissingsbevoegdheid aan de overheid en het vereiste van goedkeuring door de overheid van bepaalde vennootschapsbesluiten zouden kunnen worden beschouwd als een aantasting van de autonome bestuursbevoegdheid van het vennootschapsbestuur. Een en ander heeft tot gevolg dat bij vennootschappen minder snel sprake zal zijn van overwegende overheidsinvloed dan bij stichtingen.[25]

7.2.3 Aanstelling als ambtenaar

Het personeel dat werkzaam is bij een private rechtspersoon die vanwege overwegende overheidsinvloed tot de openbare dienst wordt gerekend, is pas ambtenaar als het ook als zodanig is *aangesteld*. Artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet bepaalt immers dat ambtenaar is degene die is aangesteld om in de openbare dienst werkzaam te zijn. Aanstelling kan plaatsvinden door de betrokken private rechtspersoon zelf, indien het daartoe de bevoegdheid gedelegeerd heeft gekregen, dan wel door (een orgaan van) de publiekrechtelijke rechtspersoon die overwegende invloed uitoefent op de private rechtspersoon.[26] Is echter met het personeel een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht gesloten, dan is geen sprake van de ambtelijke status (art. 1 lid 3 Ambtenarenwet).[27] In dit licht is het opmerkelijk dat wanneer de Centrale Raad van beroep vaststelt dat een private rechtspersoon tot de openbare dienst kan worden gerekend, hij daaraan doorgaans zonder meer de conclusie

24 Zie ook een uitspraak over GEM Broekpolder Beheer B.V., waarin de CRvB overweegt dat 'mede gelet op de statutair bepaalde stemverhoudingen, de verdere inhoud van de statuten en het achterliggende oogmerk van publiek-private samenwerking, [...] van overwegende overheidsinvloed op de B.V. geen sprake [is].' CRvB 30 oktober 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AN8001.

25 Van Zutphen 1988, p. 124; Van Zutphen 1991, p. 98; Peters 2004a, p. 33.

26 Hartman 1997, p. 9; Schreuder 1994, p. 41.

27 Zie ook Beek & Van Diepen 1999, p. 22-23. Bestaat er onduidelijkheid over het dienstverband, dan neemt de CRvB tot uitgangspunt dat sprake is van een ambtelijke aanstelling. Zie Hartman 1997, p. 10 die o.a. verwijst naar CRvB 17 november 1994, *TAR* 1995, 11. Zie ook CRvB 18 juni 1976, *AB* 1979, 35.

verbindt dat de betrokken werknemer de status van ambtenaar heeft, zonder dat wordt nagegaan of sprake is van een (bevoegdelijke) ambtelijke aanstelling.[28]

7.2.4 Conclusie

De Centrale Raad van Beroep heeft het begrip *openbare dienst* (art. 1 lid 2 Ambtenarenwet) extensief uitgelegd door uit te maken dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend, wanneer de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van die rechtspersoon. Het criterium van overwegende overheidsinvloed heeft in de jurisprudentie met name vorm gekregen bij stichtingen en in mindere mate bij verenigingen en vennootschappen. Niet duidelijk is of de Centrale Raad van Beroep het criterium van overwegende overheidsinvloed ten aanzien van verenigingen en vennootschappen op dezelfde manier inkleurt als bij stichtingen. Bovendien lijkt overwegende overheidsinvloed zich bij vennootschappen minder gemakkelijk te kunnen verwezenlijken als bij stichtingen, vanwege de aard van de vennootschapsstructuur. De factoren die de CRvB relevant acht bij de vraag naar overwegende overheidsinvloed zijn puur *formeel (of: organisatorisch)* van aard. Er wordt dus niet gekeken naar de aard van de werkzaamheden die de private rechtspersoon verricht. Hoewel in de jurisprudentie een aantal noodzakelijke factoren zijn aan te wijzen ter vaststelling van overwegende overheidsinvloed, brengt de sterk casuïstische benadering van de CRvB met zich dat het uiterst moeilijk is in een individueel geval te voorspellen of het beheer van een private rechtspersoon onder overwegende overheidsinvloed staat.

Het personeel dat werkzaam is bij een private rechtspersoon die vanwege overwegende overheidsinvloed tot de openbare dienst wordt gerekend, is pas ambtenaar als het ook als zodanig is *aangesteld* (art. 1 lid 1 Ambtenarenwet). Het is echter ook mogelijk dat met het personeel een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht wordt gesloten. De ambtelijke status blijft dan achterwege (art. 1 lid 3 Ambtenarenwet). In dit licht is het opmerkelijk dat wanneer de Centrale Raad van beroep vaststelt dat een private rechtspersoon tot de openbare dienst kan worden gerekend, hij daaraan doorgaans zonder meer de conclusie verbindt dat de betrokken werknemer de status van ambtenaar heeft, zonder dat wordt nagegaan of sprake is van een (bevoegdelijke) ambtelijke aanstelling.

7.3 De extensieve interpretatie en de wetsgeschiedenis[29]

Het is niet zonder meer vanzelfsprekend dat privaatrechtelijke rechtspersonen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend. De totstandkomingsgeschiedenis van de Ambtenarenwet bevat aanknopingspunten voor de conclusie dat de wetgever niet heeft gewild dat het begrip openbare dienst zou worden uitgebreid naar privaatrechtelijke rechtspersonen. De in 1917 ingestelde Staatscommissie

28 Zie hierover Hennekens (met jurisprudentieverwijzingen) onder *AB* 1989, 555; *AB* 1991, 149; *AB* 1992, 12; *AB* 1993, 482; *AB* 1999, 386; *AB* 2001, 203.

29 Zie over de wetsgeschiedenis ook Jeukens 1959, p. 41-49.

Dresselhuys is daar in ieder geval helder over. Volgens de commissie brengen de woorden 'in openbaren dienst' met zich 'dat personen in dienst van burgerrechtelijke lichamen niet als "ambtenaren" zijn te beschouwen, ook al zou hun arbeid van algemeen belang zijn.' Als voorbeeld noemt de commissie een door verschillende gemeenten gevormde naamloze vennootschap tot het exploiteren van een tram, een waterleiding en dergelijke.[30] Wel acht de commissie het gewenst dat particuliere instellingen die een taak vervullen die naar het publieke neigt, geleidelijk onder de werking van de wet worden gebracht. In dat kader voorziet het door de commissie vervaardigde wetsontwerp in de mogelijkheid dat de wet op dergelijke instellingen, die een algemeen belang dienen, van toepassing kan worden verklaard.[31] Hoewel sommige Kamerleden daar op aandrongen,[32] is die mogelijkheid niet in de huidige Ambtenarenwet terecht gekomen. In de Memorie van Antwoord merkt de regering daarover op:

> 'De economie der wet zou verstoord worden, indien de toepasselijkheid harer bepalingen zou worden uitgebreid tot personen, die niet ambtenaar zijn in den zin der wet. Zonder de Grondwet althans indirect geweld aan te doen kan men trouwens personen, die in dienst van private lichamen staan, niet onder het publieke recht brengen.'[33]

Het grondwettelijke bezwaar hield in dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter zou worden doorkruist wanneer de ambtenarenrechter bevoegd zou zijn te oordelen over personen die, omdat zij op grond van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst werkzaam zijn bij een private rechtspersoon, geen ambtenaar zijn.[34] De conclusie lijkt dat het niet de bedoeling is (het personeel van) private instellingen onder de werking van de wet te brengen. Die lezing wordt ondersteund door de opmerkingen van de regering over artikel 1 lid 2 van het ontwerp-Donner, het ontwerp dat tot de huidige Ambtenarenwet heeft geleid. Volgens artikel 1 lid 2 van het ontwerp worden personen werkzaam bij diensten en bedrijven, beheerd door of vanwege het openbaar gezag, voor de toepassing van de wet geacht in openbaren dienst te zijn.[35] In het voorlopig verslag wordt door enkele leden opgemerkt dat 'de poging, in dit artikel gedaan, om een omschrijving te geven van het begrip ambtenaar in den zin dezer wet, welke ten gevolge zou hebben, dat uitsluitend die personen onder de werking der wet vallen, wier dienstbetrekking door het

30 Staatcommissie Dresselhuys 1919, Memorie van Toelichting, p. 20.

31 Staatscommissie Dresslhuys 1919, Memorie van Toelichting, p. 9. Zie de artikelen 3 en 84 van het ontwerp.

32 *Bijlagen handelingen Tweede Kamer* 1928/29, 91.1, p. 2 r.k. (VV II).

33 *Bijlagen handelingen Tweede Kamer* 1928/29, 91.2, p. 9 r.k. Later is de kwestie nogmaals aan de orde gesteld met het amendement-Van den Bergh. Hoewel Van den Bergh tegemoet wil komen aan het grondwettelijke bezwaar, is het amendement desondanks verworpen. Zie *Handelingen Tweede Kamer* 1929/30, p. 93-101.

34 Zie ook de discussie tussen minister Donner en Van den Bergh. *Handelingen Tweede Kamer* 1929/30, p. 93-101; Commissie Van der Grinten 1958, p. 42-51. Zie over de rechterlijke competentie ook Van der Net 1972, p. 163 en 166; Van Zutphen 1988, p. 120-121.

35 *Bijlagen handelingen Tweede Kamer* 1927/28, 392.2, p. 1.

publieke recht wordt beheerscht, niet geslaagd [is].'[36] Voorts vragen enkele leden naar de betekenis van het woord 'vanwege'. Men vraagt zich af of 'het gebruik van dit woord o.m. het gevolg [heeft], dat bijv. personen, werkzaam bij gemengde bedrijven, met ambtenaren worden gelijkgesteld.'[37] Volgens de regering wekt de voorgestelde bepaling inderdaad de indruk dat de bepaling te ruim is. Gelet hierop heeft de regering het woord 'vanwege' geschrapt. De regering motiveert deze stap als volgt:

> 'Duidelijk wordt thans uitgedrukt, dat buiten de omschrijving van het begrip ambtenaar vallen personen in dienst van naamlooze vennootschappen, door den Staat of openbare lichamen opgericht, al of niet in samenwerking met particulieren. Ambtenaar kan slechts zijn, wie is *aangesteld* door den Staat of een openbaar lichaam, d.i. door *een drager van openbaar gezag*. Instellingen, aan wie openbaar gezag niet toekomt, missen het vermogen ambtenaren in den zin dezer wet aan te stellen.'[38]

De hierboven omschreven weergave van de parlementaire geschiedenis doet sterk vermoeden dat het volgens de regering niet de bedoeling is private organisatievormen onder het begrip openbare dienst te brengen.[39] Nu zou nog aangevoerd kunnen worden dat deze conclusie te ruim is; het zou alleen gaan om de met name genoemde naamloze vennootschappen, waardoor bijvoorbeeld stichtingen, onder omstandigheden, wel tot de openbare dienst gerekend zouden kunnen worden. In deze *a contrario* redenering wordt soms de rechtvaardiging gevonden voor de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep waarin stichtingen onder de werking van het begrip openbare dienst worden gebracht.[40] Volgens Hennekens kan deze *a contrario* redenering niet overtuigen. Hij wijst erop dat andere privaatrechtelijke rechtspersonen in overheidsverband dan naamloze vennootschappen in de jaren 1920 niet bestonden en dat het best zo kan zijn dat de naamloze vennootschap als deel voor het geheel wordt opgevoerd.[41]

7.4 De extensieve interpretatie en de ratio van de ambtelijke status

In de literatuur is de vraag gerezen of de extensieve interpretatie zich wel verdraagt met de ratio van de ambtelijke status. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk is uiteengezet, beoogt de extensieve uitleg van artikel 1 Ambtenarenwet te voorkomen dat werknemers vanwege de verzelfstandiging van een overheidsdienst in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon, ongerechtvaardigd hun ambtenarenstatus verliezen. Van dat laatste is sprake als het achterliggende

36 *Bijlagen handelingen Tweede Kamer* 1928/29, 91.1, p. 2 l.k.
37 *Bijlagen handelingen Tweede Kamer* 1928/29, 91.1, p. 2 l.k.
38 *Bijlagen handelingen Tweede Kamer* 1928/29, 91.2, p. 9 l.k.
39 Zo ook Jeukens 1959, p. 42, 48 en 107-108. Overigens meent Jeukens dat dit ook zo behoort te zijn: p. 27-28.
40 Van Zupthpen 1988, p. 121; Van Zutphen 1991, p. 90. Veel voorzichtiger is Jeukens 1959, p. 51. Zie hierover ook Peters 2007, p. 399.
41 Annotatie onder CRvB 25 juni 1991, *AB* 1992, 12.

overheidslichaam zodanige invloed op het beheer van de private rechtspersoon heeft, dat de overheid in feite kan worden aangemerkt als de werkgever van het personeel dat werkzaam is bij die rechtspersoon. Hoewel deze redenering volgens Peters vanuit arbeidsrechtelijke invalshoek verdedigbaar is, verdraagt zij zich volgens hem niet met de ratio van de ambtelijke status.[42] Volgens Peters vindt de ambtelijke status zijn rechtvaardiging in het feit dat de ambtenaar werkzaam is in een publiekrechtelijke organisatie die per definitie is gericht op het verrichten van publiekrechtelijke activiteiten. Wanneer echter wordt gekozen voor de private organisatievorm, dan wordt de publiekrechtelijke organisatievorm losgelaten en daarmee tevens de daaraan inherente publiekrechtelijke werkzaamheden die de ratio vormen voor de ambtelijke status. Omdat het criterium van overwegende overheidsinvloed geen rekening houdt met de aard van de werkzaamheden (het is namelijk een formeel organisatorisch criterium), leidt dat criterium in de ogen van Peters tot een te ruim bereik van de ambtelijke status. Volgens hem moet de toepassing van het criterium van overwegende overheidsinvloed zoveel mogelijk aansluiten bij de (werkzaamheden van de) publiekrechtelijke organisatievorm. In dat licht komt Peters tot de conclusie dat private rechtspersonen waarvan het beheer onder overwegende overheidsinvloed staat alleen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend als zij met openbaar gezag bekleed zijn, omdat dan recht wordt gedaan aan de ratio van de ambtelijke status. Wat hier ook van zij, het neemt evenwel niet weg dat de jurisprudentie van de CRvB, zoals Peters ook erkent, vanuit arbeidsrechtelijk perspectief goed verdedigbaar is. Het gaat hier om een uitzondering om het ongerechtvaardigde verlies van de ambtelijke status te voorkomen; niet meer en niet minder.

7.5 Rode draad

7.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail tot de openbare dienst kunnen worden gerekend vanwege overwegende overheidsinvloed op het beheer. Daarbij zij vooropgesteld, dat hierover geen jurisprudentie is. Onderstaande is dus niet meer dan een voorlopige analyse van de vraag in hoeverre woningcorporaties en ProRail tot de openbare dienst kunnen worden gerekend.

7.5.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

Algemeen
Wil een woningcorporatie als openbare dienst kunnen worden aangemerkt, dan dient in ieder geval aan een viertal cumulatieve voorwaarden te worden voldaan. De overheid moet invloed hebben op de samenstelling van het bestuur, de

42 Peters 2007, p. 398-401.

financiën en het personeelsbeleid. Daarnaast moet een aantal besluiten van de woningcorporatie door of namens de overheid worden goedgekeurd.[43] Aanvullend kunnen nog andere factoren van doorslaggevende betekenis zijn.

Overwegende invloed op de samenstelling en benoeming van het bestuur
De overheid heeft geen invloed op de samenstelling van het bestuur van een woningcorporatie. Op grond van artikel 7 lid 1 sub d en lid 2 sub a BBSH is het niet toegestaan dat leden van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente of gedeputeerde staten van de provincie waar de woningcorporatie gevestigd is of feitelijk werkzaam is, zitting hebben in het bestuur of het toezichthoudend orgaan dan wel personen voor het bestuur of het toezichthoudend orgaan benoemen of voordragen.

Belangrijke invloed op de financiën
Woningcorporaties kunnen op verschillende manieren financieel door de overheid worden ondersteund, bijvoorbeeld in de vorm van subsidies, verstrekt door het Centraal Fonds Volkshuisvesting ten behoeve van saneringen en specifieke projecten. Voorts kunnen woningcorporaties in aanmerking komen voor gemeentelijke compensatie in de vorm van garanties voor op de kapitaalmarkt aangetrokken leningen of in de vorm van verlaagde grondkosten of specifieke subsidies voor bepaalde activiteiten. Het is overigens nog maar de vraag of dit voldoende is om te kunnen spreken van een belangrijke overheidsinvloed op de financiën zoals in de jurisprudentie is vereist. Daar komt bij dat de financiering van woningcorporaties niet alleen afhankelijk is van overheidssteun. Voor het overgrote deel genereren woningcorporaties zelf hun financiële middelen uit huuropbrengsten en uit de ontwikkeling, bouw en verkoop van onroerend goed.

De overheid moet een rol spelen ten aanzien van het personeelsbeleid
Bij woningcorporaties speelt de overheid geen bepalende rol ten aanzien van het personeelsbeleid.

Een aantal besluiten van de woningcorporatie moet door of namens de overheid worden goedgekeurd
De minister heeft meerdere goedkeuringsbevoegdheden. Op grond van artikel 9 en 10 BBSH is instemming vereist van de minister voor het wijzigen van de statuten van de woningcorporatie.[44] Daarnaast kan de minister de woningcorporatie verbieden dat het overgaat tot het vervreemden van onroerende zaken aan en het op onroerende zaken vestigen van een recht van erfpacht, van opstal of van vruchtgebruik ten behoeve van natuurlijke personen en rechtspersonen of

43 Dit zijn de cumulatieve factoren die met name in de jurisprudentie over stichtingen worden genoemd. Woningcorporaties kunnen niet alleen worden vormgegeven als stichting, maar ook als vereniging. Er is geen reden aan te wijzen om ten aanzien van woningcorporaties die zijn vormgegeven als een vereniging een ander toetsingskader te gebruiken als bij stichtingen. Overigens zijn sinds het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw veel woningcorporaties omgezet van een vereniging naar een stichting (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3. p. 5).

44 Artikel 23 lid 2 Woningwet (nieuw).

vennootschappen die geen toegelaten instelling zijn (art. 11d lid 1 jo. art. 11e lid 3 BBSH).[45] Voor het aangaan van een juridische fusie is onder omstandigheden ook instemming van de minister nodig (art. 10a en 10b BBSH).[46] Verder kan de minister in het belang van de volkshuisvesting bepalen dat een toegelaten instelling voor een door hem te bepalen tijdvak door hem aangegeven handelingen slechts kan verrichten met de voorafgaande instemming van een of meer door hem aangewezen personen of instanties, dan wel met zijn voorafgaande instemming (art. 70d lid 2 sub b Woningwet jo. art. 43 lid 1 BBSH).[47]

Conclusie
Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat ten aanzien van woningcorporaties niet is voldaan aan de vier noodzakelijke voorwaarden uit de rechtspraak. De overheid heeft geen overwegende invloed op de samenstelling en benoeming van het bestuur. Daarnaast wordt het rechtspositionele beleid van de woningcorporaties niet bepaald door de overheid. Dit laatste element is gelet op de ratio van de extensieve uitleg van het begrip openbare dienst zeer cruciaal te noemen. De gedachte achter de extensieve uitleg van het openbare dienst begrip is namelijk te voorkomen dat werknemers vanwege de verzelfstandiging van een overheidsdienst hun ambtenarenstatus verliezen. Daarom worden dergelijke verzelfstandigde instellingen als openbare dienst aangemerkt zolang de overheid overwegende invloed houdt op het beheer van die instelling. Die situatie doet zich echter bij woningcorporaties niet voor. Er is geen sprake van een situatie waarin de overheid vanwege eventuele overheidsinvloed in feite als werkgever moet worden beschouwd. Geconcludeerd kan worden dat het beheer van woningcorporaties niet onderhevig is aan overwegende invloed van de overheid. Derhalve kunnen woningcorporaties niet tot de openbare dienst worden gerekend.

7.5.3 ProRail

Algemeen
Wil ProRail als openbare dienst kunnen worden aangemerkt, dan dient in ieder geval aan een viertal cumulatieve voorwaarden te worden voldaan. De overheid moet invloed hebben op de samenstelling van het bestuur, de financiën en het personeelsbeleid. Daarnaast moet een aantal besluiten van (het bestuur van) ProRail door of namens de overheid worden goedgekeurd.[48] Aanvullend kunnen nog andere factoren van doorslaggevende betekenis zijn.

45 Zie artikel 27 Woningwet (nieuw).
46 Zie artikel 53 Woningwet (nieuw).
47 Artikel 61g lid 1 Woningwet (nieuw).
48 Dit zijn de cumulatieve factoren die met name in de jurisprudentie over stichtingen worden genoemd. ProRail is echter een vennootschap. Niet is uitgesloten dat ten aanzien van vennootschappen aan dezelfde cumulatieve factoren moet worden voldaan. Zie hiervoor § 7.2.2.4.

Overwegende invloed op de samenstelling en benoeming van het bestuur
De staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu kan geen directe invloed uitoefenen op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden. Hij heeft namelijk niet de statutaire dan wel wettelijke bevoegdheid de bestuursleden te schorsen en te ontslaan. Wel kan hij, als vertegenwoordiger van de Staat in de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA), indirect de leden van de Raad van Bestuur en van de Raad van Commissarissen van Prorail benoemen en vervangen.[49] Betwijfeld kan worden of dit voldoende is om te kunnen spreken van overwegende invloed op de samenstelling en benoeming van het bestuur.

Belangrijke invloed op de financiën
Van belang in dit verband is dat de financiering van ProRail grotendeels plaatsvindt uit publieke middelen. Op grond van de Wet Infrastructuurfonds en het Besluit Infrastructuurfonds wordt Prorail gesubsidieerd voor de uitvoering van de zorgtaken die zij heeft op grond van de Spoorwegwet en de Beheersconcessie. Op grond van de Beheersconcessie dient ProRail aan de staatssecretaris financiële verantwoording af te leggen.

De overheid moet een rol spelen ten aanzien van het personeelsbeleid
De staatssecretaris beschikt niet over bevoegdheden met betrekking tot het personeelsbeleid van ProRail. Wel beschikt de algemene vergadering van aandeelhouders van ProRail over de statutaire bevoegdheid om het bestuur aanwijzingen te geven betreffende de algemene lijnen van onder andere het personeelsbeleid.[50] Op die manier is de staatssecretaris in staat om via het aandeelhouderschap van de staat enige indirecte invloed op het personeelsbeleid uit te oefenen. Betwijfeld kan worden of dit voldoende is om te voldoen aan het criterium dat de overheid een rol moet spelen ten aanzien van het personeelsbeleid.

Een aantal besluiten van ProRail moet door of namens de overheid worden goedgekeurd
Of aan dit vereiste is voldaan kan eveneens worden betwijfeld. De staatsecretaris beschikt niet op grond van de Spoorwegwet of de Beheersconcessie over de mogelijkheid om besluiten van (het bestuur van) ProRail goed te keuren. Ook de statuten van ProRail voorzien daar niet in. Wel behoeven op grond van de statuten enkele besluiten van het bestuur van ProRail de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders.[51] Derhalve zijn sommige besluiten van het bestuur wel indirect onderworpen aan de goedkeuring van de staatssecretaris, die immers

49 In 2009 heeft ProRail de status van structuurvennootschap gekregen (art. 2:263 BW). Zie *Jaarverslag beheer staatsdeelnemingen* 2009, p. 110. Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl. In principe worden de bestuurders van een structuurvennootschap benoemd en ontslagen door de raad van commissarissen (art. 2:272 BW). Omdat ProRail, via Railinfratrust B.V., een 100% deelneming van de staat betreft, geldt evenwel een 'verzwakt regime' (art. 2:265a lid 1 sub b BW jo. art. 2:1 BW). Daardoor blijft de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd om de bestuurders te benoemen en te ontslaan. Zie ook artikel 11 lid 2 van de statuten van ProRail.

50 Art. 13 lid 4 van de Statuten; art. 2:239 lid 4 BW.

51 Art. 13 lid 4 van de Statuten.

in de algemene vergadering van aandeelhouders optreedt als vertegenwoordiger van de Staat. Of daarmee is voldaan aan het criterium dat een aantal besluiten van de vennootschap door of namens de overheid moet worden goedgekeurd, is echter niet zeker.

Conclusie
Op grond van het voorgaande kan worden betwijfeld of ProRail voldoet aan de vier noodzakelijke voorwaarden uit de rechtspraak. Weliswaar heeft de staatssecretaris invloed op het beheer van ProRail, maar die invloed wordt slechts indirect uitgeoefend via het aandeelhouderschap van de staat. Of dat voldoende is, kan niet met zekerheid worden gezegd. Het is derhalve nog maar zeer de vraag of ProRail tot de openbare dienst kan worden gerekend.

7.6 Conclusie

Hoewel de overwegingen van de regering in de parlementaire geschiedenis zich daartegen lijken te verzetten, heeft de Centrale Raad van Beroep artikel 1 Ambtenarenwet extensief uitgelegd in die zin dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend en hun personeel ambtenaar is, wanneer de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van die rechtspersonen. De ratio van deze extensieve uitleg is te voorkomen dat werknemers vanwege de verzelfstandiging van een overheidsdienst in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon, ongerechtvaardigd hun ambtenarenstatus verliezen. Van dat laatste is sprake als het achterliggende overheidslichaam zodanige invloed op het beheer van de private rechtspersoon heeft, dat de overheid in feite kan worden aangemerkt als de werkgever van het personeel dat werkzaam is bij die rechtspersoon.

Wanneer een semipublieke instelling wegens overwegende invloed op het beheer tot de openbare dienst kan worden gerekend en haar personeel kan worden aangemerkt als ambtenaar, heeft dit verschillende consequenties. Ten eerste gelden in dat geval de bijzondere materiële rechtsregels die aan de ambtelijke status zijn verbonden (titel III Amtenarenwet). In de tweede plaats handelt de betrokken semipublieke instelling in dat geval als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb voor zover het handelingen verricht jegens een ambtenaar. De bestuursrechter is in beginsel bevoegd kennis te nemen van dergelijke handelingen.[52] Bovendien zijn die handelingen onderworpen aan de materiële normen van de Awb.

De Centrale Raad van Beroep heeft het begrip *openbare dienst* (art. 1 lid 2 Ambtenarenwet) extensief uitgelegd door uit te maken dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend, wanneer de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van die rechtspersoon. Het criterium van overwegende overheidsinvloed heeft in de jurisprudentie met name

52 Art. 8:2 lid 1 aanhef en onder a onder 1 Awb. In hoger beroep is de Centrale Raad van Beroep bevoegd, zie artikel 10 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak, Bijlage 2 bij de Awb.

vorm gekregen bij stichtingen en in mindere mate bij verenigingen en vennootschappen. Niet duidelijk is of de Centrale Raad van Beroep het criterium van overwegende overheidsinvloed ten aanzien van verenigingen en vennootschappen op dezelfde manier inkleurt als bij stichtingen. Bovendien lijkt overwegende overheidsinvloed zich bij vennootschappen minder gemakkelijk te kunnen verwezenlijken als bij stichtingen, vanwege de aard van de vennootschapsstructuur. De factoren die de CRvB relevant acht bij de vraag naar overwegende overheidsinvloed zijn puur *formeel (of: organisatorisch)* van aard. Er wordt dus niet gekeken naar de aard van de werkzaamheden die de private rechtspersoon verricht. Hoewel in de jurisprudentie een aantal noodzakelijke factoren zijn aan te wijzen ter vaststelling van overwegende overheidsinvloed, brengt de sterk casuïstische benadering van de CRvB met zich dat het uiterst moeilijk is in een individueel geval te voorspellen of het beheer van een private rechtspersoon onder overwegende overheidsinvloed staat.

Het personeel dat werkzaam is bij een private rechtspersoon die vanwege overwegende overheidsinvloed tot de openbare dienst wordt gerekend, is pas ambtenaar als het ook als zodanig is *aangesteld* (art. 1 lid 1 Ambtenarenwet). Het is echter ook mogelijk dat met het personeel een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht wordt gesloten. De ambtelijke status blijft dan achterwege (art. 1 lid 3 Ambtenarenwet). In dit licht is het opmerkelijk dat wanneer de Centrale Raad van beroep vaststelt dat een private rechtspersoon tot de openbare dienst kan worden gerekend, hij daaraan doorgaans zonder meer de conclusie verbindt dat de betrokken werknemer de status van ambtenaar heeft, zonder dat wordt nagegaan of sprake is van een (bevoegdelijke) ambtelijke aanstelling.

In de literatuur is de vraag gerezen of de extensieve interpretatie zich wel verdraagt met de ratio van de ambtelijke status. Het criterium van overwegende overheidsinvloed, dat louter wordt ingevuld door organisatorische factoren, zou daarmee geen verband houden. De ambtelijke status vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat de ambtenaar werkzaam is in een publiekrechtelijke organisatie die per definitie is gericht op het verrichten van publiekrechtelijke activiteiten. Wanneer echter wordt gekozen voor de private organisatievorm, dan wordt de publiekrechtelijke organisatievorm losgelaten en daarmee tevens de daaraan inherente publiekrechtelijke werkzaamheden die de ratio vormen voor de ambtelijke status. Omdat het criterium van overwegende overheidsinvloed geen rekening houdt met de aard van de werkzaamheden (het is namelijk een formeel organisatorisch criterium), zou dat criterium leiden tot een te ruim bereik van de ambtelijke status. In dit verband bepleit met name Peters dat private rechtspersonen waarvan het beheer onder overwegende overheidsinvloed staat alleen tot de openbare dienst kunnen worden gerekend als zij met openbaar gezag bekleed zijn, omdat dan recht wordt gedaan aan de ratio van de ambtelijke status.

Bij wijze van voorbeeld is nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail tot de openbare dienst kunnen worden gerekend vanwege overwegende overheidsinvloed op het beheer. Voor woningcorporaties geldt dat zij niet als behorende tot de openbare dienst kunnen worden aangemerkt. Doorslaggevend daarbij is, dat de overheid geen overwegende invloed heeft op de samenstelling en benoeming van het bestuur. Daarnaast wordt het rechtspositionele beleid

van de woningcorporaties niet bepaald door de overheid. Wat betreft ProRail kan sterk worden betwijfeld of zij tot de openbare dienst kan worden gerekend. Weliswaar heeft de staatssecretaris invloed op het beheer van ProRail, maar die invloed wordt slechts indirect uitgeoefend via het aandeelhouderschap van de Staat. Of dat voldoende is, kan niet met zekerheid worden gezegd. Het is derhalve nog maar zeer de vraag of ProRail tot de openbare dienst kan worden gerekend.

Hoofdstuk 8 Auteurswet

8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre een semipublieke instelling tot de 'openbare macht' kan worden gerekend in de context van de Auteurswet. Het antwoord op die vraag is van belang voor de toepasselijkheid van de artikelen 11 en 15b Auteurswet, dat door het begrip openbare macht wordt afgebakend. Ingevolge artikel 11 bestaat er geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen. Op door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk van letterkunde, wetenschap of kunst, waarvan de openbare macht de maker of rechtverkrijgende is, bestaat wél auteursrecht, maar volgens artikel 15b wordt als inbreuk op dat auteursrecht niet beschouwd: verdere openbaarmaking of verveelvoudiging daarvan, tenzij het auteursrecht, hetzij in het algemeen bij wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan uitdrukkelijk is voorbehouden.

Ingevolge artikel 10 lid 1 verstaat de Auteurswet onder *werken van letterkunde, wetenschap of kunst*:
1°. boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften;
2°. tooneelwerken en dramatisch-muzikale werken;
3°. mondelinge voordrachten;
4°. choreografische werken en pantomimes;
5°. muziekwerken met of zonder woorden;
6°. teeken-, schilder-, bouw- en beeldhouwwerken, lithografieën, graveer- en andere plaatwerken;
7°. aardrijkskundige kaarten;
8°. ontwerpen, schetsen en plastische werken, betrekkelijk tot de bouwkunde, de aardrijkskunde, de plaatsbeschrijving of andere wetenschappen;
9°. fotografische werken;
10. filmwerken;
11°. werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid;
12°. computerprogramma's en het voorbereidend materiaal;
en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht.

Aangenomen moet worden dat wetten etc. zoals genoemd in artikel 11 geen werk van letterkunde, wetenschap of kunst zijn in de zin van artikel 15b. Dit volgt uit de redactie van het oude artikel 11 Auteurswet 1912, waarin de huidige artikelen 11 en 15b oorspronkelijk waren verenigd in lid 1 respectievelijk lid 2. In het eerste lid van artikel 11 Auteurswet 1912 waren de wetten etc. van het auteursrecht uitgezonderd.

> Ingevolge het tweede lid bestond er geen auteursrecht op hetgeen 'verder' door of vanwege de openbare macht is openbaar gemaakt. Daaruit kan worden afgeleid dat de werken genoemd in het huidige artikel 15b andere werken zijn dan de in artikel 11 genoemde wetten etc.[1]

Hierna wordt ingegaan op de betekenis en reikwijdte van de artikelen 11 en 15b en in het bijzonder op het begrip 'openbare macht'. Ten eerste komt de ratio van de artikelen 11 en 15b Auteurswet aan de orde (§ 8.2). In de tweede plaats wordt ingegaan op de achtergrond van het begrip 'openbare macht' in de context van de Auteurswet (§ 8.3). Vervolgens wordt dieper ingegaan op de reikwijdte van het begrip 'openbare macht'. Daarbij wordt de wettekst van artikel 11 Auteurswet en de jurisprudentie onder de loep genomen (§ 8.4). Om de analyse van het begrip 'openbare macht' in de Auteurswet meer concreet te maken, wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail tot de openbare macht kunnen worden gerekend (§ 8.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 8.6).

8.2 Ratio artikelen 11 en 15b Auteurswet

De ratio van artikel 11 Auteurswet vindt haar grondslag in het adagium dat 'eenieder wordt geacht de wet te kennen.'[2] Dit adagium kan alleen worden verwezenlijkt als wetgeving bekend wordt gemaakt. Daarbij hoort ook dat de burger zo min mogelijk beperkt moet worden in zijn vermogen om op de hoogte te geraken van wetgeving. Tegen die achtergrond heeft de wetgever ervoor gekozen geen auteursrecht te laten bestaan op – kort gezegd – wetgeving en rechterlijke uitspraken.[3] Volgens de memorie van toelichting bij de Auteurswet 1881 brengt het algemeen belang met zich 'dat de Staat in den regel geen uitsluitend auteursregt doe gelden, en aan ieder vrijlate ter algemeene kennis te brengen hetgeen hij wenscht en onderstelt dat aan niemand onbekend zij.'[4] Het algemeen belang vereist aldus dat de Staat geen auteursrecht heeft. In de memorie van antwoord bij de Auteurswet van 1912 verwoordt de regering dat nog eens door aan te geven dat 'het ingevolge dit artikel geoorloofd zal zijn rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen uit de daarvoor bestemde periodieken vrijelijk over te drukken. Dat dit onjuist zoude zijn, kan echter niet worden toegegeven; die uitspraken zijn van nature gemeen goed van het gansche volk en worden meerendeels in het openbaar gegeven. De uitgever moge geld betalen om den juisten tekst te erlangen, daarmede krijgt hij geen uitsluitend recht op den inhoud der beslissing.'[5]

De ratio van artikel 15b Auteurswet sluit aan bij die van artikel 11 Auteurswet. De gedachte is dat alle door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakte

1 Zie hierover De Beaufort 1932, p. 81.
2 Elferink 1998, p. 183.
3 Zie over deze ratio Elferink 1998, p. 187-188.
4 *Bijlagen Tweede Kamer* 1876/77, 202.3, p. 6.
5 *Bijlagen Tweede Kamer* 1911/12, 227.5, p. 35.

werken in beginsel publiek domein moeten zijn.[6] Daarom vormt de verdere openbaarmaking of verveelvoudiging van die werken ingevolge artikel 15b geen inbreuk op het auteursrecht van de overheid, tenzij het auteursrecht uitdrukkelijk is voorbehouden. Steeds gaat het om werken 'waarvan de openbaarmaking in verband met het deugdelijk functioneren van de staat en zijn onderdelen, hetzij krachtens de wet, hetzij naar het oordeel van het betrokken overheidslichaam, niet achterwege mag blijven.'[7] Dit betekent dat niet alle 'overige' werken (dus: werken van letterkunde, wetenschap of kunst) van de openbare macht onder de reikwijdte van artikel 15b vallen, maar alleen de werken die verband houden met het deugdelijk functioneren van de overheid. Die gedachte was al terug te vinden bij Van de Kasteele. Volgens hem zou de Staat geen auteursrecht mogen toekomen waar dat in strijd is met de 'aard van zijn werkkring'. Steeds moet het volgens Van de Kasteele gaan om het 'ter algemeene kennis brengen' van zaken die verband houden met de 'uitoefening der Staatsfunctiën'. Hij noem als voorbeeld het publiceren van vonnissen. Zodra de Staat zaken publiceert als 'privaatrechtelijk persoon' en niet als 'Staat als zodanig', kan de Staat zich volgens Van de Kasteele wel beroepen op het auteursrecht. Het auteursrecht is in dat geval niet in strijd met de 'aard van zijn werkkring'; er wordt geen Staatsfunctie uitgeoefend.[8]

8.3 Achtergrond van het begrip openbare macht

Het begrip openbare macht in de Auteurswet stamt reeds uit de negentiende eeuw. Voor een goed begrip van de huidige betekenis van het begrip openbare macht wordt in deze paragraaf dieper ingegaan op de achtergrond van het begrip.

De huidige artikelen 11 en 15b Auteurswet waren oorspronkelijk verenigd in één artikel, namelijk in artikel 11 Auteurswet 1912.[9] Dit artikel luidde:

> Er bestaat geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.
> Evenmin bestaat auteursrecht op hetgeen verder door of vanwege de openbare macht is openbaar gemaakt, tenzij dat recht, hetzij in het algemeen bij wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan, voorbehouden is.

Vanaf 7 januari 1973 heeft de tweede alinea van artikel 11 Auteurswet 1912 in iets gewijzigde vorm een plaats gekregen in artikel 15b.[10] De reden dat de tweede alinea van artikel 11 is overgebracht naar artikel 15b is erin gelegen dat de wetgever het

6 Elferink 1998, p. 203 e.v.
7 Elferink 1998, p. 204 die Gebrandy 1988, p. 230 citeert. Gerbrandy baseert zich op Ktr. Rotterdam 24 februari 1983, *NJ* 1984, 677. Echter, de geformuleerde regel is opmerkelijk genoeg niet terug te vinden in de uitspraak van de kantonrechter.
8 Van de Kasteele 1885, p. 122-123.
9 Wet van 23 september 1912, *Stb.* 1912, 308.
10 Wet van 27 oktober 1972, *Stb.* 1972, 579.

niet wenselijk vond dat op hetgeen verder door de openbare macht is openbaar gemaakt, geen auteursrecht bestond. De tweede alinea van artikel 11 is daarom overgeplaatst naar paragraaf 6 van hoofdstuk I van de wet waarin de beperkingen op het auteursrecht zijn opgenomen. Sindsdien bestaat er wel auteursrecht op de bedoelde werken, maar wordt verdere openbaarmaking of verveelvoudiging daarvan niet als inbreuk op het auteursrecht beschouwd.[11]

Artikel 11 Auteurswet 1912 is zelf weer ontleend aan artikel 4 Auteurswet 1881.[12] In de memorie van toelichting bij artikel 11 van de wet van 1912 wordt opgemerkt: 'Dit artikel is, behoudens eenige wijzigingen, die geene toelichting schijnen te behoeven, ontleend aan art. 4 der bestaande wet.'[13] Voor de betekenis van het begrip 'openbare macht' moet dus worden teruggevallen op de Auteurswet van 1881. Artikel 4 van die wet bepaalde het volgende:

> Behalve in de door Ons te bepalen gevallen, bestaat er geen auteursrecht van wetten, besluiten, verordeningen en van hetgeen verder in woord of geschrift, door of van wege eenige openbare macht ter algemeene kennis gebracht is.

Veegens wijst erop dat de woorden 'door of van wege eenige openbare macht' 'zo algemeen mogelijk zijn'. Hij geeft niet aan waarom dat zo is. In ieder geval is de 'openbare macht' volgens Veegens niet beperkt tot de Staat. Ook de provincies, gemeenten en waterschappen vallen daar volgens hem onder.[14] Steun voor die conclusie kan worden gevonden in de memorie van antwoord bij de wet van 1881. Daarin wordt aangegeven dat de zinsnede 'in woord of schrift, door of van wege eenige openbare macht' een ruime uitdrukking is, die ook de 'redevoeringen uitgesproken in vergaderingen van op openbaar gezag ingestelde lichamen' omvat. Te denken valt aan redevoeringen van Kamerleden, maar ook van leden der Provinciale Staten en gemeenteraden.[15] Dat decentrale overheden tot de openbare macht worden gerekend is dus zeer aannemelijk. Tevens werd het Hoofdbestuur der Posterijen en Telegrafie tot de openbare macht gerekend. Dit blijkt uit het koninklijk besluit van 2 juli 1908, waarbij is vastgesteld dat het auteursrecht geldt voor de Naamlijst voor den Telefoondienst, uitgegeven door het Hoofdbestuur der Posterijen en Telegrafie.[16] Zou het hoofdbestuur niet als openbare macht worden aangemerkt (voor zover het de Naamlijst opstelt), dan was een dergelijk besluit niet nodig.

Voor de interpretatie van het begrip 'openbare macht' is voorts relevant de betekenis van het in artikel 2 aanhef en onder b Auteurswet 1881 gebruikte begrip 'openbare instelling'.[17] In dit artikel worden met auteurs gelijkgesteld: openbare

11 Zie de memorie van toelichting bij de wet tot herziening van de Auteurswet 1912, *Kamerstukken II* 1964/65, 7877, nr. 3, p. 3.
12 Wet van 28 juni 1881, *Stb.* 1881, 124.
13 *Bijlagen Tweede Kamer* 1911/12, 227.3, p. 9.
14 Veegens 1895, p. 108. Ook de redactie van de *Gemeentestem* rekent de gemeentelijke organen tot de openbare macht. *Gemeentestem* van 24 april 1893, nr. 2169, p. 3.
15 Zie *Bijlagen Tweede Kamer* 1880/81, 15.1, p. 3 en *Bijlagen Tweede Kamer* 1877/78, 25.7, p. 3.
16 *Stb.* 1908, 213.
17 Zie thans artikel 8 Auteurswet.

instellingen, vereenigingen, stichtingen en vennootschappen, ten opzichte van de door hen bezorgde werken. De hier gehanteerde terminologie is expliciet ontleend aan het (huidige artikel 226 en het inmiddels vervallen artikel 335 van het) Wetboek van Strafrecht.[18] Blijkens de parlementaire geschiedenis bij het Wetboek van Strafrecht worden onder openbare instellingen verstaan instellingen 'die een publiek-regtelijk karakter hebben, op eene wet of wettelijke verordening berusten.'[19] Het gaat hier onder andere om waterschappen, maar ook de veenschappen worden genoemd. Hoever het begrip openbare instelling precies reikt is onduidelijk. Het auteursrecht van openbare instellingen wordt begrensd door de regel van artikel 4 Auteurswet 1881, aldus de memorie van toelichting bij artikel 2 Auteurswet 1881.[20] Dit houdt in dat openbare instellingen in ieder geval tot de 'openbare macht' worden gerekend. De vraag is of het begrip openbare macht ruimer is dan het begrip openbare instelling, of dat het inhoudelijk om hetzelfde begrip gaat. Als dit laatste het geval zou zijn, dan rijst vervolgens de vraag waarom de wetgever niet heeft gekozen voor het begrip openbare instelling in plaats van voor het begrip openbare macht. Het blijft überhaupt ongewis waarom de wetgever de toepasselijkheid van de artikelen 11 en 15b nu juist heeft opgehangen aan het begrip openbare macht – laat staan dat de wetgever inzichtelijk heeft gemaakt wat de precieze reikwijdte van dat begrip is. Wellicht dat de wettekst en rechtspraak daarin meer inzicht kunnen geven.

8.4 De reikwijdte van het begrip openbare macht: wettekst en rechtspraak

8.4.1 Inleiding

De parlementaire geschiedenis van de Auteurswet geeft dus weinig inzicht in de wijze waarop het begrip openbare macht precies wordt geïnterpreteerd. Desondanks geven de wettekst van artikel 11 en de rechtspraak over het begrip openbare macht nog wel enige houvast. Hieronder volgt daarvan een bespreking.

8.4.2 Wettekst artikel 11

De wettekst van artikel 11 Auteurswet geeft een aanwijzing voor wat onder het begrip openbare macht kan worden verstaan. Volgens dit artikel bestaat er geen auteursrecht op 'wetten, besluiten en verordeningen' die door de openbare macht zijn uitgevaardigd. Uit de redactie van artikel 11 kan dus worden afgeleid dat elke instantie met een wetgevende bevoegdheid tot de openbare macht kan worden gerekend.[21] Hierbij kan onder andere gedacht worden aan de wetgever in formele zin, de regering, de ministers en de wetgevers op decentraal niveau.[22] Ook private

18 *Bijlagen Tweede Kamer* 1876/77, 202.3, p. 6 (MvT).
19 Smidt 1891, p. 263.
20 *Bijlagen Tweede Kamer* 1876/77, 202.3, p. 6.
21 Zo ook Elferink 1998, p. 192 met literatuurverwijzingen en Gerbrandy 1988, p. 120.
22 Zie ook Gerbrandy 1988, p. 119-120.

instellingen met wetgevende bevoegdheden kunnen tot de openbare macht worden gerekend. Elferink wijst bijvoorbeeld op het Nederlands Normalisatie Instituut (NNI), een stichting, die volgens haar tot de openbare macht kan worden gerekend voor zover het op grond van delegatie de bevoegdheid heeft gekregen om algemeen verbindende voorschriften op te stellen op het gebied van techniek. Daarvan is volgens haar sprake in het geval er een dynamische verwijzing naar NEN-normen plaatsvindt. Dynamische verwijzing houdt in dat in een wettelijke regeling wordt verwezen naar de titel van de norm en het NEN-nummer, terwijl de serie en/of datum niet wordt vermeld.[23] Het verdient opmerking dat de redenering van Elferink alleen opgaat als ervan wordt uitgegaan dat NEN-normen door verwijzing ernaar algemeen verbindende voorschriften worden. In de rechtspraak is inmiddels uitgemaakt dat dergelijke NEN-normen niet het karakter hebben van algemeen verbindende voorschriften, omdat het NNI niet bij of krachtens de wet de bevoegdheid heeft om dergelijke algemeen verbindende regels vast te stellen. Dit betekent dat de NEN-normen niet kunnen gelden als door de openbare macht uitgevaardigd; het NNI wordt derhalve niet tot de openbare macht gerekend.[24] Dit heeft tot gevolg dat de NEN-normen niet vrij zijn van auteursrecht. De vraag rijst of de ratio van artikel 11 Auteurswet niet ook zou moeten gelden voor NEN-normen en deze normen auteursrechtvrij behoren te zijn, ook al zijn zij niet te beschouwen als algemeen verbindende voorschriften. Het kabinet heeft er inmiddels voor gekozen om bepaalde normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen, kosteloos beschikbaar te stellen. Het gaat hier om normalisatienormen die de betrokkene op grond van de wet verplicht is toe te passen (dwingende verwijzing).[25]

Tevens geeft Elferink aan dat ook bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb (b-organen) tot de openbare macht gerekend kunnen worden *voor zover* zij Awb-besluiten (art. 1:3 lid 1 Awb) kunnen nemen. Artikel 11 Auteurswet sluit immers ook 'besluiten' van het auteursrecht uit.[26] Spoor, Verkade & Visser gaan er ook vanuit dat Awb-besluiten onder de reikwijdte van artikel 11 vallen. Zij zoeken daarvoor aansluiting bij het feit dat 'administratieve beslissingen' in artikel 11 van auteursrecht zijn uitgezonderd.[27] Dat in de Auteurswet aangeknoopt wordt bij het besluitbegrip uit de Awb is niet zonder meer vanzelfsprekend, omdat de term 'besluiten' in artikel 11 van de Auteurswet ruim vóór het Awb-tijdperk is geïntroduceerd. Aan de andere kant is de Auteurswet destijds voorwerp geweest van de aanpassingswetgeving naar aanleiding van de introductie van de Awb. De Auteurswet is toen aangepast aan de eerste tranche van de Awb. In dat verband werden de woorden 'beschikkingen, aanwijzingen of andere maatregelen' in artikel 17d Auteurswet samengevoegd en vervangen door het besluitbegrip

23 Elferink 1998, p. 195-196. Overigens vindt dynamische verwijzing weinig plaats; meestal wordt statisch verwezen.

24 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228 (m.nt. Van Ommeren; *JB* 2012, 178, m.nt. Sillen; *BR* 2012, 170, m.nt. Kortmann; *AA* 2013, p. 762-766, m.nt. Schutgens); ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 85 (m.nt. P.M.J. de Haan; *JB* 2011, 65, m.nt. Teunissen; *TBR* 2011, 47, m.nt. Neerhof).

25 Zie hierover de annotatie van Van Ommeren onder *AB* 2012, 228.

26 Elferink 1998, p. 195-196 en p. 91-92.

27 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 139.

in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.[28] Het besluitbegrip in artikel 11 Auteurswet is ongewijzigd gebleven. Derhalve kan, staatsrechtelijk gezien, worden aangenomen dat het besluitbegrip in artikel 11 van de Auteurswet sinds de inwerkingtreding van de Awb de betekenis heeft van Awb-besluit. De vraag is of dit betekent dat ook Silicose-bestuursorganen tot de openbare macht kunnen worden gerekend, aangezien dergelijke bestuursorganen alleen bestuursorgaan zijn voor zover zij Awb-besluiten nemen.[29] Dat ligt niet direct voor de hand. De Silicose-rechtspraak betreft namelijk een strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het oog op de toegang tot de bestuursrechter en heeft derhalve een eigen functie in de context van de Awb. Anderzijds is het niet onvoorstelbaar dat de ratio van artikel 11 Auteurswet ook hier opgeld doet.

Overigens is het begrip openbare macht niet beperkt tot degenen die wetten, besluiten en verordeningen uitvaardigen. Dit volgt uit artikel 15b, waarvan de toepassing immers betrekking heeft op andere werken van de openbare macht dan wetten, besluiten en verordeningen, namelijk: werken van letterkunde, wetenschap of kunst.[30] Ook in de hieronder te behandelen rechtspraak waarin de vraag naar 'openbare macht' aan de orde is, gaat het niet om de in artikel 11 bedoelde werken.

8.4.3 Rechtspraak

Rechtspraak over de invulling van het begrip 'openbare macht' is schaars. Twee wat oudere arresten van de Hoge Raad zijn hier van belang; één uit 1968 over De Nederlandsche Bank en één uit 1987 over de toenmalige PTT (Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie).

Het eerste arrest handelt over de vraag of De Nederlandsche Bank NV (DNB) bij de openbaarmaking van bankbiljetten of van de ontwerpen daarvoor optreedt als openbare macht in de zin van artikel 11 lid 2 Auteurswet 1912 (het huidige artikel 15b Auteurswet).[31] De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend. Daartoe overweegt de Hoge Raad dat het voorrecht dat aan DNB is toegekend om bankbiljetten uit te geven betekent dat DNB 'de facto is belast (...) "met de medewerking aan dat deel der overheidstaak, dat gelegen is in de zorg voor een goed geregeld geldwezen"'. Dat DNB medewerking verleent aan een deel van een overheidstaak betekent volgens de Hoge Raad echter op zich zelf nog niet dat DNB daarom tot de openbare macht moet worden gerekend. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat DNB noch als staatsorgaan of overheidslichaam is opgezet en de rechtsvorm heeft van een naamloze vennootschap, terwijl de werkzaamheden van DNB niet tot de medewerking aan overheidstaken is beperkt. Daarom kan DNB aldus de Hoge Raad 'in het algemeen niet' worden aangemerkt als openbare macht. Daaraan voegt hij toe dat het monopolie tot uitgifte van bankbiljetten geen 'typische overheidsfunctie' is, omdat dat nooit een specifieke overheidswerkzaamheid is

28 Wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 423. Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 320, nr. 3, p. 4.
29 Zie hierover hoofdstuk 2.2.5.3.
30 Vergelijk A-G Franx in zijn conclusie bij *NJ* 1987, 1003, onder nummer 6.
31 HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 276 (m.nt. Hijmans van den Bergh).

geweest. Derhalve maakt DNB ook 'in het bijzonder'[32] geen deel uit van de openbare macht. De Hoge Raad laat dus vier omstandigheden de revue passeren: (1) Ten eerste acht de Hoge Raad het niet van doorslaggevend belang of medewerking wordt verleend aan een deel van een overheidstaak. (2) Wel bepalend is, in de tweede plaats, of een instelling als staatsorgaan of overheidsorgaan is opgezet en wordt belang gehecht aan de rechtsvorm. (3) Voorts is bepalend of de werkzaamheden al dan niet tot de medewerking aan overheidstaken is beperkt. (4) Ten slotte beziet de Hoge Raad nog of een 'typische overheidsfunctie' wordt verricht. Als ik het goed zie houdt het laatste criterium een *voor zover benadering* in: een instelling wordt alleen tot de openbare macht gerekend voor zover zij een typische overheidsfunctie bekleedt waaruit het openbaarmaken van werken voortvloeit. Of zoals Gerbrandy het omschrijft: voor zover 'een daad van "openbaarmaking" [wordt] verricht welke typisch een overheidsfunctie is.'[33] Het arrest van de Hoge Raad maakt ook (impliciet) duidelijk dat een aantal omstandigheden geen rol spelen bij de vraag naar het begrip openbare macht. De Hoge Raad schenkt geen aandacht aan het feit dat de Staat enig aandeelhouder is van DNB; dat een deel van het bestuur wordt benoemd, geschorst en ontslagen door de Kroon; de commissarissen worden benoemd door de aandeelhouders (dus: indirect de Staat); de regering toezicht houdt via een Koninklijken Commissaris en door middel van bindende ministeriële aanwijzingen invloed kan worden uitgeoefend op het beleid van DNB.[34] Deze formele (of: institutionele) factoren acht de Hoge Raad kennelijk niet van belang.

Een later arrest uit 1987, gaat over de vraag of de openbaarmaking van postzegels door de PTT een openbaarmaking is door of vanwege de openbare macht als bedoeld in artikel 15b Auteurswet.[35] Volgens de Hoge Raad kan de PTT in het algemeen tot de openbare macht worden gerekend, aangezien de PTT onderdeel uitmaakt van de Rijksdienst, die functioneert onder verantwoordelijkheid van de met het beheer belaste minster. Derhalve is de openbaarmaking van postzegels door de PTT een openbaarmaking door of vanwege de openbare macht. Het springt in het oog dat voor de beantwoording van de vraag of de PTT *in het algemeen* behoort tot de openbare macht, niet ter zake doet dat 'de werkzaamheden van de PTT niet tot de medewerking aan overheidstaken zijn beperkt'. Daarmee laat de Hoge Raad het eerder genoemde derde gezichtspunt vallen. Van belang is slechts het tweede gezichtspunt: bepalend is dat de PTT onderdeel uitmaakt van de Rijksdienst, die functioneert onder verantwoordelijkheid van de met het beheer belaste minster. Dit betekent dat voor de vraag of een instelling 'in het algemeen' tot de openbare macht behoort alleen bepalend is de rechtsvorm en of de instelling is opgezet als staatsorgaan of overheidslichaam.[36] Ter beantwoording

32 Deze term hanteert A-G Franx in zijn conclusie bij HR 29 mei 1987, *NJ* 1987, 1003 (m.nt. Wichers Hoeth).

33 Gerbrandy 1988, p. 231.

34 Zie de annotatie van Hijmans van den Bergh onder het arrest.

35 HR 29 mei 1987, *NJ* 1987, 1003 (m.nt. Wichers Hoeth).

36 A-G Franx hanteert in samenhang hiermee het 'zelfstandigheidscriterium': de PTT (althans: de directeur-generaal) is ten aanzien van de uitgifte van postzegels een onzelfstandig overheidsorgaan, omdat het ondergeschikt is aan de minister.

van de vraag of een instelling *in het bijzonder* tot de openbare macht behoort, blijft de 'typische overheidsfunctie-toets' bepalend, ook al is deze sterk bekritiseerd. Onder andere A-G Franx heeft deze toets – in zijn conclusie bij het voornoemde PTT-arrest – afgekeurd. Volgens hem is namelijk niet met zekerheid te zeggen wanneer sprake is van een typische overheidsfunctie. Met het afwijzen van het typische overheidsfunctie-criterium sneuvelt volgens Franx ook de grond voor het criterium 'dat de werkzaamheden niet tot medewerking aan "overheidstaken" beperkt zijn' (het eerdergenoemde derde gezichtspunt). Nu de Hoge Raad zich lijkt te hebben aangesloten bij de A-G door het derde gezichtspunt te elimineren in het PTT-arrest, rijst de vraag of de Hoge Raad daarmee ook afstand heeft gedaan van de typische overheidsfunctie-toets. Die vraag is echter niet met zekerheid te beantwoorden, omdat de Hoge Raad al tot de conclusie was gekomen dat de PTT 'in het algemeen' tot de openbare macht behoort. De vraag of zij daar ook in het bijzonder toe behoorde behoefde niet beantwoord te worden, zodat de typische overheidsfunctie-toets buiten beschouwing kon worden gelaten.

De zojuist besproken rechtspraak van de Hoge Raad kan als volgt worden samengevat. Voor het 'in het algemeen' behoren tot de openbare macht is doorslaggevend de opzet en rechtsvorm van de instelling. Kan een instelling niet in het algemeen tot de openbare macht worden gerekend, dan zou de typische overheidsfunctie test wellicht uitkomst kunnen bieden.[37] In dat geval fungeert de betrokken instelling in het bijzonder als openbare macht *voor zover* een typische overheidsfunctie wordt verricht en daaruit het openbaarmaken van werken voortvloeit (ofwel: dat een daad van openbaarmaking wordt verricht welke typisch een overheidsfunctie is). Het is echter zeer onduidelijk wanneer een instelling in de ogen van de Hoge Raad een 'typische overheidsfunctie' uitoefent. Bepalend lijkt of de activiteit ooit tot de specifieke werkzaamheden van de overheid heeft behoord.

8.5 Rode draad

8.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail tot de openbare macht kunnen worden gerekend. Daarbij zij vooropgesteld, dat hierover geen jurisprudentie is. Onderstaande is dus niet meer dan een voorlopige analyse.

8.5.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

Uit artikel 11 Auteurswet kan worden afgeleid dat een semipublieke instelling tot de openbare macht kan worden gerekend voor zover zij beschikt over een regelgevende bevoegdheid. Daarvan is bij woningcorporaties geen sprake. Daarnaast volgt uit artikel 11 Auteurswet dat semipublieke instellingen die de bevoegdheid

37 Ook Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 141 sluiten niet uit dat de Hoge Raad een instelling tot de openbare macht rekent wanneer die een overheidstaak verricht.

hebben om Awb-besluiten te nemen als openbare macht kunnen worden aangemerkt. Daarvoor is bepalend of de semipublieke instelling bekleed is met het openbaar gezag (b-orgaan) om besluiten te nemen in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4, is uitgebreid uiteengezet dat woningcorporaties niet over openbaar gezag beschikken en derhalve geen bestuursorgaan zijn. Dit betekent dat artikel 11 Auteurswet niet van toepassing is op woningcorporaties.

Wellicht dat woningcorporaties wel tot de openbare macht kunnen worden gerekend in de zin van artikel 15b Auteurswet. Daarvoor moet in de eerste plaats worden nagegaan of woningcorporaties 'in het algemeen' als behorende tot de openbare macht kunnen worden aangemerkt. Daarvoor is bepalend de opzet en rechtsvorm van de woningcorporaties. Woningcorporaties zijn niet opgezet als staatsorgaan of overheidslichaam en hebben daarnaast een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid in de vorm van een stichting of vereniging. Derhalve kunnen woningcorporaties niet in het algemeen tot de openbare macht worden gerekend. Dan resteert, in de tweede plaats, de vraag of woningcorporaties in het bijzonder als openbare macht fungeren. Bepalend in dit verband is of woningcorporaties een typische overheidsfunctie verrichten. Die vraag is niet eenduidig te beantwoorden, omdat zeer onduidelijk is wanneer in de ogen van de Hoge Raad sprake is van de uitoefening van een typische overheidsfunctie. Niet is uitgesloten dat woningcorporaties tot de openbare macht kunnen worden gerekend vanwege het feit dat zij als toegelaten instellingen het publieke belang van de volkshuisvesting behartigen, maar zeker is dat niet. Voor zover woningcorporaties al als openbare macht kunnen worden beschouwd, rijst bovendien de vraag waar precies de grens ligt. Handelen woningcorporaties alleen als openbare macht voor zover het gaat om de openbaarmaking van werken die voortvloeit uit de activiteiten die zijn gericht op de sociale doelgroep, of vallen ook de commerciële activiteiten eronder?

8.5.3 ProRail

Uit artikel 11 Auteurswet kan worden afgeleid dat een semipublieke instelling tot de openbare macht kan worden gerekend voor zover zij beschikt over een regelgevende bevoegdheid. Daarvan is bij ProRail geen sprake. Daarnaast volgt uit artikel 11 Auteurswet dat semipublieke instellingen die de bevoegdheid hebben om Awb-besluiten te nemen als openbare macht kunnen worden aangemerkt. Daarvoor is bepalend of de semipublieke instelling bekleed is met het openbaar gezag (b-orgaan) om besluiten te nemen in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4, is uitgebreid uiteengezet dat ProRail niet over openbaar gezag beschikt en derhalve geen bestuursorgaan is. Dit betekent dat artikel 11 Auteurswet niet van toepassing is op ProRail.[38]

Wellicht dat ProRail wel tot de openbare macht kan worden gerekend in de zin van artikel 15b Auteurswet. Daarvoor moet in de eerste plaats worden nagegaan of ProRail 'in het algemeen' tot de openbare macht behoort. Daarvoor is de opzet en rechtsvorm van ProRail bepalend. ProRail is blijkens de parlementaire

38 De door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten vallen uiteraard wel onder artikel 11 Auteurswet. Zie ook § 2.4.3.

geschiedenis uitdrukkelijk niet opgezet als staatsorgaan of overheidslichaam. Er is bewust voor gekozen om ProRail vorm te geven als privaatrechtelijke rechtspersoon (een besloten vennootschap).[39] Derhalve kan ProRail niet in het algemeen tot de openbare macht worden gerekend. Dan resteert, in de tweede plaats, de vraag of ProRail in het bijzonder als openbare macht fungeert. Bepalend in dit verband is of ProRail een typische overheidsfunctie verricht. Die vraag is niet eenduidig te beantwoorden, omdat zeer onduidelijk is wanneer in de ogen van de Hoge Raad sprake is van de uitoefening van een typische overheidsfunctie. Hoewel daarover geen zekerheid bestaat, is evenwel niet uitgesloten dat ProRail tot de openbare macht kan worden gerekend voor zover het de openbaarmaking van werken betreft die voortvloeit uit de publieke taakbehartiging met betrekking tot het beheer van de hoofspoorweginfrastructuur, welke taak op grond van de Spoorwegwet en door middel van de Beheersconcessie aan ProRail is opgedragen.[40] Het gevolg daarvan zou zijn dat op deze werken wel auteursrecht berust, maar dat de openbaarmaking of verveelvuldiging van die werken geen inbreuk op het auteursrecht oplevert.

8.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de vraag in hoeverre een semipublieke instelling tot de 'openbare macht' kan worden gerekend in de context van de Auteurswet. Het antwoord op die vraag is van belang voor de toepasselijkheid van de artikelen 11 en 15b Auteurswet, dat door het begrip openbare macht wordt afgebakend. Artikel 11 Auteurswet sluit het auteursrecht uit van wetten, besluiten en verordeningen en rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen. De ratio van deze regeling is gelegen in het adagium dat een ieder geacht wordt de wet te kennen. Met andere woorden: het algemeen belang vereist dat de overheid geen auteursrecht heeft op genoemde werken. Artikel 15b berust op dezelfde gedachte. Op 'andere' werken[41] van de overheid rust volgens dit artikel wel auteursrecht, maar de openbaarmaking of verveelvoudiging van die werken wordt niet beschouwd als een inbreuk op dat auteursrecht. Deze werken zijn in beginsel 'publiek domein'.

Wat betreft de reikwijdte van het begrip openbare macht levert bestudering van de parlementaire geschiedenis weinig op. Ook is onduidelijk waarom de wetgever nu juist voor dit begrip heeft gekozen. Niettemin biedt de wettekst van artikel 11 Auteurswet wel enig inzicht in de reikwijdte van het begrip openbare macht. Uit dit artikel kan worden afgeleid dat in ieder geval instellingen met een wetgevende bevoegdheid tot de openbare macht kunnen worden gerekend. Dat is een vrij *materiële* benadering voor de afbakening van wat wel of niet tot de openbare macht

39 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 13, m.n. p. 18, p. 24-27. Zie daarover § 2.4.3.

40 Formele (of: institutionele) factoren, zoals het feit dat de Staat enig aandeelhouder is van ProRail en dat het bestuur van ProRail indirect (via de algemene vergadering van aandeelhouders) door de staatssecretaris wordt benoemd, lijken volgens de jurisprudentie geen rol te spelen bij de vraag naar het begrip openbare macht. Zie hiervoor § 8.4.3.

41 Het betreft werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Zie voor de definitie daarvan art. 10 Auteurswet.

behoort. Bepalend is of een regelgevende bevoegdheid is toegekend. Voor semipublieke instellingen betekent dit dat zij tot de openbare macht kunnen worden gerekend voor zover zij een wetgevende bevoegdheid hebben. Daarbuiten niet. Daarnaast kan op grond van het feit dat ook 'besluiten' en 'administratieve beslissingen' in artikel 11 van het auteursrecht zijn uitgezonderd, worden aangenomen dat private instellingen die Awb-besluiten kunnen nemen in zoverre onder de openbare macht kunnen worden geschaard. Ook hier weer een *materiële* insteek: bepalend is of een private instelling bekleed is met het openbaar gezag (b-orgaan) om besluiten te nemen in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. De premisse is dat in dit verband ook Silicose-bestuursorganen tot de openbare macht worden gerekend.

Voorts heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad bij het tegenwoordige artikel 15b enig inzicht verschaft in de afbakening van het begrip openbare macht. Voor het 'in het algemeen' behoren tot de openbare macht is doorslaggevend de opzet en rechtsvorm van de private instelling. Dit is in wezen een *formeel (of: organisatorisch)* criterium. Kan een private instelling niet in het algemeen tot de openbare macht worden gerekend, dan zou de typische overheidsfunctie test wellicht uitkomst kunnen bieden. In dat geval fungeert de betrokken instelling in het bijzonder als openbare macht voor zover een typische overheidsfunctie wordt verricht en daaruit het openbaarmaken van werken voortvloeit. Dit houdt dus een *materiële* benadering in van het begrip openbar macht; de aard van het handelen is bepalend. Het is echter zeer onduidelijk wanneer een instelling in de ogen van de Hoge Raad een 'typische overheidsfunctie' uitoefent. Bepalend lijkt of de betrokken activiteit ooit tot de specifieke werkzaamheden van de overheid heeft behoord.

Ten slotte is bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail tot de openbare macht kunnen worden gerekend. Voor zowel woningcorporaties als ProRail geldt dat zij niet tot de openbare macht kunnen worden gerekend in de zin van artikel 11 Auteurswet. Zij beschikken namelijk noch over een regelgevende bevoegdheid, noch over de bevoegdheid om Awb-besluiten te nemen.[42] Aan de andere kant is niet uitgesloten dat de woningcorporaties en ProRail, vanwege de publieke belangen die zij behartigen, tot de openbare macht kunnen worden gerekend in de zin van artikel 15b Auteurswet, voor zover het de openbaarmaking van werken betreft die uit die publieke taakbehartiging voortvloeit. Het gevolg daarvan zou zijn dat op deze werken wel auteursrecht berust, maar dat de openbaarmaking of verveelvuldiging van die werken geen inbreuk op het auteursrecht oplevert.

42 De door ProRail namens de minister in mandaat genomen besluiten vallen uiteraard wel onder artikel 11 Auteurswet. Zie ook § 2.4.3.

Hoofdstuk 9 Comptabiliteitswet 2001: onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt nagegaan in hoeverre de onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer op grond van de Comptabiliteitswet 2001 zich uitstrekt tot semipublieke instellingen. De Algemene Rekenkamer is op grond van de Grondwet belast met het onderzoek van de ontvangsten en uitgaven van het Rijk (art. 76 Gw). In de Comptabiliteitswet 2001 zijn de taken van de Rekenkamer nader uitgewerkt. Het onderzoek van de Rekenkamer is enerzijds gericht op de *rechtmatigheid* van de rijksrekening. Het gaat hier om de goedkeuring van de departementale jaarrekeningen en het algemene Financiële jaarverslag (art. 82 lid 1 sub c en art. 83 lid 1 sub b Cw 2001). Voorts onderzoekt de Rekenkamer *de doeltreffendheid en de doelmatigheid* van het gevoerde beleid en de doelmatigheid van het financieel en het materieelbeheer, de daartoe bijgehouden administraties en de organisatie van het Rijk (art. 85 Cw 2001).[1]

De bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer strekt zich in de eerste plaats uit tot *het Rijk*. De Rekenkamer heeft onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de begroting van onder andere de ministeries en de Hoge colleges van staat, waaronder de Raad van State, maar ook de Rekenkamer zelf (art. 1 lid 1 Cw 2001). Tot het Rijk behoren alle organen van de (publiekrechtelijke) rechtspersoon Staat.[2] De Rekenkamer is niet bevoegd bij provincies, gemeenten, rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen, bedoeld in artikel 8 lid 1 van de Wet gemeenschappelijke regelingen, voor zover deze niet bij de wet zijn ingesteld, waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf en Kamers van Koophandel en Fabrieken (art. 91 lid 17). De bevoegdheid met betrekking tot *andere publiekrechtelijke rechtspersonen* – dit zijn (overige) openbare lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend en de lichamen waarvan hun rechtspersoonlijkheid uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt[3] – is geregeld in artikel 91 Cw 2001.[4] Dit artikel voorziet tevens in bevoegdheden die de Rekenkamer kan uitoefenen jegens *privaatrechtelijke rechtspersonen*.

1 Zie Zijlstra 2009, p. 230-232.
2 Zijlstra 2009, p. 231.
3 Artikel 2:1 lid 1 en lid 2 BW. Zie hierover Zijlstra 2009, p. 47 en p. 65-66.
4 Dergelijke publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen vallen onder artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001: rechtspersonen met een wettelijke taak die bekostigd worden uit publiek geld. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 27 en Handleiding Artikel 91 Comptabiliteitswet 2001, p. 14.

Ter beantwoording van de vraag naar de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer bij semipublieke instellingen wordt in dit hoofdstuk dieper ingegaan op artikel 91 Cw 2001. Daartoe wordt ingegaan op artikel 91 lid 1 sub a, b, c Cw 2001 (§ 9.2). Op grond van deze bepalingen is de Algemene Rekenkamer bevoegd bij privaatrechtelijke rechtspersonen waarmee de Staat een *financiële binding* heeft. Vervolgens wordt ingegaan op artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001, op grond waarvan de Rekenkamer bevoegd is bij private rechtspersonen met een *wettelijke taak* die *bekostigd* worden *uit publiek geld* (§ 9.3). Om de analyse van artikel 91 Cw 2001 meer concreet te maken, wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail op grond van dit artikel onder de onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer vallen (§ 9.4). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 9.5).

9.2 Rechtspersonen met een financiële binding met de Staat (art. 91 lid 1 sub a, b, c)

9.2.1 Inleiding

De bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer strekt zich bij privaatrechtelijke rechtspersonen in de eerste plaats uit tot rechtspersonen met een *financiële binding met de Staat* door middel van deelnemingen, leningen, garanties of subsidies (art. 91 lid 1 sub a, b en c Cw 2001).

> Artikel 91 lid 1 Cw 2001
> Onverminderd het anders bij wet bepaalde heeft de Algemene Rekenkamer de in de volgende leden vermelde bevoegdheden ten aanzien van:
> a. naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de Staat het gehele of nagenoeg het gehele geplaatste aandelenkapitaal houdt;
> b. naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, andere dan onder a bedoeld, waarvan de Staat ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt, indien daarmede een groter financieel belang is gemoeid dan een door Onze Minister van Financiën vast te stellen bedrag;
> c. rechtspersonen, commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma waaraan de Staat of een derde voor rekening of risico van de Staat rechtstreeks of middellijk een subsidie, lening of garantie heeft verleend;
> d. (...)

Hierna wordt nagegaan waarom de Algemene Rekenkamer bevoegd is bij privaatrechtelijke rechtspersonen die een financiële relatie hebben met de Staat. Vervolgens wordt uiteengezet op grond van welke criteria de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer in dit verband wordt afgebakend.

9.2.2 Ratio bevoegdheid Algemene Rekenkamer

De ratio van de competentie van de Algemene Rekenkamer bij privaatrechtelijke rechtspersonen die een financiële binding hebben met de Staat, is gebaseerd op het door Stevers ontwikkelde 'budgettaire beginsel'.[5] Ter verwezenlijking van het budgetrecht van het parlement moet de Algemene Rekenkamer controle kunnen uitoefenen op ook buiten de Staat gelegen instellingen die een financiële relatie hebben met het Rijk. Het parlement kan haar budgetrecht jegens de minister die verantwoordelijk is voor de gefourneerde gelden aan buiten de Staat gelegen rechtspersonen alleen ten volle uitoefenen als het parlement beschikt over ter zake onafhankelijke informatie. De Algemene Rekenkamer functioneert hierbij als het ware als 'correlaat van het budgetrecht van het parlement.'[6] Daarom is de controle van de Algemene Rekenkamer primair gericht op de minister die verantwoordelijk is voor de recht- en doelmatige besteding van de overheidsgelden. In aanvulling daarop is onderzoek mogelijk bij de betreffende rechtspersoon wanneer hij over relevante informatie beschikt die de minister niet heeft.[7]

9.2.3 Criteria

De bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer strekt zich volgens artikel 91 lid 1 sub a Cw 2001 uit tot NV's en BV's waarvan de Staat de aandelen geheel of nagenoeg geheel bezit.[8] Hierbij gaat het om 100%-deelnemingen, maar ook de deelnemingen waarbij de Staat door omstandigheden niet het gehele aandelenkapitaal heeft weten te verwerven vallen eronder. Heeft de Staat echter opzettelijk niet alle aandelen verworven dan is sprake van een deelneming in de zin van artikel 91 lid 1 sub b Cw 2001.[9]

Voorts is de Algemene Rekenkamer bevoegd met betrekking tot rechtspersonen, commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma waaraan de Staat of een derde voor rekening of risico van de Staat rechtstreeks of middellijk een subsidie, lening of garantie heeft verleend (art. 91 lid 1 sub c CW 2001). In verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en redenen van doelmatigheid omvat de competentie geen natuurlijke personen.[10] Ook kredietinstellingen vallen ingevolge artikel 91 lid 16 buiten het toepassingsbereik, omdat anders het vertrouwen tussen de bank en haar klanten onder druk zou kunnen komen te staan.[11] De woorden 'rechtstreeks of middellijk' voorzien erin dat de Algemene Rekenkamer controle kan uitoefenen bij dochter-ondernemingen wanneer

5 Stevers 1979, p. 146-148 en p. 24-27. Zie ook Algemene Rekenkamer 2012, p. 16-18.
6 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 15; Annotaties Cw 2001, p. 264; *Kamerstukken II* 1995/96, 24 479, nr. 1, p. 5.
7 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 479, nr. 1, p. 5-6.
8 Dochterondernemingen zijn uitgesloten. *Handelingen II* 1986/87, 10 juni 1987, p. 85-4284 en p. 85-4314. Zie ook Algemene Rekenkamer 2012, p. 20. Te denken valt aan NS, Tennet, ABN AMRO Group N.V.
9 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 25-26.
10 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 26-27; *Kamerstukken II* 1986/87, 19 062, nr. 14, p. 5.
11 Annotaties Cw 2001, p. 279.

de subsidies, leningen of garanties worden verstrekt aan een moederbedrijf, maar de gelden feitelijk worden besteed bij een dochterbedrijf.[12]

De vraag rijst wat precies wordt verstaan onder subsidies, leningen of garanties. Voor het subsidiebegrip wordt aangesloten bij de definitie uit de Awb. Het gaat hier om een aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (art. 4:21 lid 1 Awb).[13] Een lening is een overeenkomst waarbij het Rijk onder bepaalde voorwaarden (interest, looptijd, aflossingsbepalingen) gelden verstrekt aan derden die moeten worden terugbetaald.[14] Een garantie is een voorwaardelijke financiële verplichting van het Rijk aan een derde buiten het Rijk, die pas tot uitbetaling komt als zich bij de wederpartij een bepaalde omstandigheid (realisatie van een risico of onzekere gebeurtenis) voordoet.[15] Volgens de memorie van toelichting bij de wet tot wijziging van de Comptabiliteitswet 1976 moet bij subsidies, leningen of garanties worden gedacht aan 'de vorm van bijzondere steun, balanssteun, verliesparticipatie, bagl (bijzondere achtergestelde lening) en bagl-bewijs, achterstelde leningen met rentebijschrijving die later in enigerlei vorm omgezet werden in eigen vermogen bij balanssaneringen e.d.'[16] Relatief nieuwere concepten die een financiële binding tussen de Staat en een private rechtspersoon doen ontstaan, zoals concessies en subsidies met 'benefitsharing',[17] vallen (vooralsnog) niet onder de competentie van de Rekenkamer.[18] Dat geldt ook voor financiering door de staat van derden op basis van contracten – te denken valt aan de ICT Uitvoeringsorganisatie – en bijdragen in natura zoals het kosteloos ter beschikking stellen van personeel of faciliteiten zoals bij het Verificatie Bureau benchmarking Energie-efficiency.[19]

In het achterhoofd moet worden gehouden dat steeds de *vorm* en niet het motief van de financiële relatie bepalend is voor de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer. Wordt een bepaald doel nagestreefd door middel van subsidiering, dan is de Rekenkamer bevoegd. Indien hetzelfde doel wordt beoogd en daartoe een belastingfaciliteit in het leven wordt geroepen dan blijft de controlebevoegdheid achterwege.[20]

---

12 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 26 en p. 53; *Kamerstukken II* 1998/99, 24 479 en 24 500, nr. 5, p. 14.

13 Algemene Rekenkamer 2012, p. 122-124.

14 Algemene Rekenkamer 2012, p. 124.

15 Algemene Rekenkamer 2012, p. 124.

16 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 15.

17 Een subsidie met benefitsharing kenmerkt zich door het feit dat aan de subsidie de voorwaarde wordt verbonden dat (een deel van) de subsidie wordt terugbetaald uit de opbrengsten die zijn behaald met de gesubsidieerde activiteit.

18 Zie Handleiding Artikel 91 Comptabiliteitswet 2001, p. 13-14.

19 Algemene Rekenkamer 2012, p. 20, p. 124-127.

20 Zie Handleiding Artikel 91 Comptabiliteitswet 2001, p. 10. Zie ook Algemene Rekenkamer 2012, p. 20.

9.3 Rechtspersonen met een wettelijke taak (art. 91 lid 1 sub d)

9.3.1 Inleiding

De Algemene Rekenkamer is in de tweede plaats bevoegd ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen (art. 91 lid 1 sub d Cw 2001).[21] Deze categorie wordt kortweg aangeduid als *rechtspersonen met een wettelijke taak* (rwt). In deze paragraaf wordt ingegaan op de ratio van de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer bij dergelijke rwt's. Ook de criteria die de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer in dit kader afbakenen komen aan de orde.

9.3.2 Ratio bevoegdheid Algemene Rekenkamer

De ratio van de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer bij rechtspersonen met een wettelijke taak, vindt haar grondslag in het door Stevers beschreven 'publiekrechtelijk beginsel'.[22] Ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen betreft het meer in het bijzonder 'het materieel publiekrechtelijk beginsel'.[23] De afbakening van de competentie van de Algemene Rekenkamer is hier niet primair gebaseerd op financiële stromen, maar op de *wettelijke taak* die door de rechtspersoon wordt verricht. De gedachte lijkt te zijn dat de rechtspersoon door het verrichten van een wettelijk opgedragen taak tot 'de publieke sfeer van het rijk' gerekend kan worden,[24] waardoor controle door het parlement op de uitoefening van de wettelijke taak blijkbaar wenselijk wordt geacht. Omdat de rechtspersoon primair zelf verantwoordelijk is voor de uitoefening van de wettelijke taak, is de controle van de Algemene Rekenkamer ook primair op de rechtspersoon gericht.[25] In het verlengde hiervan is de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer gebaseerd op het uitgangspunt dat de *minister verantwoordelijk* is voor het beleidsterrein waarop de rechtspersoon zijn wettelijke taak uitvoert. De minister zal zichzelf daarom op de hoogte moeten stellen van de wijze waarop de wettelijke taak door de rechtspersoon wordt uitgevoerd. Dit betekent ook dat de Algemene Rekenkamer nagaat hoe de minister invulling heeft gegeven aan zijn algemene en specifieke wettelijke verantwoordelijkheden die aan de minister ten aanzien van de rechtspersoon zijn

---

21 Dat sub d betrekking heeft op privaatrechtelijke rechtspersonen blijkt expliciet uit *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 27. Overigens ziet dit artikel ook op bepaalde *publiekrechtelijke* rechtspersonen. Zie de inleiding van dit hoofdstuk.

22 Stevers 1979, p. 144-146; *Kamerstukken II* 1995/96, 24 479, nr. 1, p. 6. Zie ook Algemene Rekenkamer 2012, p. 16-18.

23 Voor zover artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001 betrekking heeft op bepaalde *publiekrechtelijke* rechtspersonen, vindt de bevoegdheid haar grondslag in het 'formeel publiekrechtelijk beginsel'. Dit betekent dat de werkingssfeer van de Rekenkamer is gerelateerd aan het *formeel* behoren tot de overheid en de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister voor dergelijke rechtspersonen. Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 19 en Stevers 1979, p. 145.

24 Vergelijk Stevers 1979, p. 144. Zie voor een kritische kanttekening Zijlstra 2009, p. 97.

25 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 479, nr. 1, p. 6; *Kamerstukken II* 1998/99, 24 479 en 24 500, nr. 5, p. 13.

voorbehouden.[26] Bij het vorenstaande kan de kanttekening worden geplaatst dat het niet geheel vanzelfsprekend is dat de onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer wordt bepaald aan de hand van het 'wettelijke taak'-criterium. De functie van de Algemene Rekenkamer is immers gericht op de controle van de *financiën* van de overheid; een koppeling met publieke middelen ligt dan meer voor de hand.

Dat gebeurt ook in artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001. Hoewel het publiekrechtelijke beginsel als uitgangspunt geldt, is dat niet geheel doorgevoerd. Naast de eis van het verrichten van een wettelijke taak, geldt bij rwt's ook dat *bekostiging uit publieke middelen* moet plaatsvinden.[27] De gedachte daarachter is dat de ministeriële verantwoordelijkheid niet alleen ziet op de wettelijke taak van de rwt, maar ook betrekking heeft op de inning en besteding van de uit wettelijke heffingen verkregen publieke middelen waaruit de rechtspersoon wordt bekostigd.[28] Dit houdt in dat ook het *budgettaire beginsel* ten grondslag ligt aan de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer bij rwt's: het parlement moet controle kunnen uitoefenen op de besteding van publieke middelen waarvoor een minister verantwoordelijk is.

9.3.3 Criteria

Artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001 heeft veelal betrekking op zogenaamde zelfstandige bestuursorganen (zbo's). Het begrip zelfstandig bestuursorgaan wordt door de Algemene Rekenkamer gedefinieerd als 'een bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid, dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister en niet is een adviescollege, als bedoeld in de Kaderwet adviescolleges, waarvan de adviestaak de hoofdtaak is.'[29] Te denken valt aan instellingen in de Sociale Zekerheid. Er zijn echter rwt's die geen zelfstandig bestuursorgaan zijn. Zo is een privaatrechtelijke rwt zonder openbaar gezag geen zbo (denk aan de publieke omroepen), omdat het ontbreken van openbaar gezag met zich brengt dat de private rwt geen bestuursorgaan is. Ook zijn er zbo's die geen rwt zijn omdat ze geen rechtspersoonlijkheid bezitten (Kiesraad), geen wettelijke taak hebben (Silicosestichting) of niet worden bekostigd uit wettelijke heffingen. Bij het laatste gaat het om verschillende keuringsinstellingen die wel een tarief hanteren voor hun diensten, maar het tarief geen wettelijke grondslag heeft.[30]

Het is de vraag wat precies wordt verstaan onder een *bij of krachtens de wet geregelde taak*. De parlementaire geschiedenis maakt dit niet duidelijk. De Algemene Rekenkamer spreekt van een wettelijke taak 'indien de wet dwingende voorwaarden stelt die specifiek gelden op de werkzaamheden of het samenstel daarvan'. Dit is een omschrijving die ook niet veel houvast biedt. Een private rechtspersoon kan

26 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 479, nr. 1, p. 7. Zie ook Stevers 1979, p. 146.
27 Zie Algemene Rekenkamer 2012, p. 18.
28 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 656, nrs. 1-2, p. 52-53; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 655, nrs. 1-2, p. 29 en p. 38; Algemene Rekenkamer 2008, p. 21 e.v.
29 Algemene Rekenkamer 2008, p. 9.
30 Zie over het onderscheid rwt's en zbo's bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2002/03, 28 655, nrs. 1-2, p. 14-16; Handleiding Artikel 91 Cw 2001, p. 15 en p. 37; Algemene Rekenkamer 2008, p. 9-13; Algemene Rekenkamer 2012, p. 91-92.

op verschillende manieren een wettelijk geregelde taak verkrijgen. De wettelijke taak kan volgens de Algemene Rekenkamer aan de private rechtspersoon worden toegekend, bijvoorbeeld door middel van attributie, delegatie, mandaat, concessie, erkenning en accreditatie. De Algemene Rekenkamer is echter van mening dat de wettelijke taak niet per se bij of krachtens de wet aan de private rechtspersoon behoeft te worden toegekend. Een wettelijke taak kan ook worden toegekend op basis van een contract of convenant dan wel door middel van de oprichting door de overheid van een privaatrechtelijke rechtspersoon met een bepaalde statutaire taak, die wettelijk geregeld is.[31] Oprichting van een private rechtspersoon kan geschieden op grond van artikel 34 Cw 2001 via een machtigingswet. De Algemene Rekenkamer ziet dan 'de reden of het doel van oprichting als een weergave van de wettelijke taak.'[32] De oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat vindt echter niet altijd plaats door middel van een machtigingswet. Zijlstra neemt aan dat ook dan, als enkel de voorhangprocedure[33] is gevolgd, gesproken kan worden van een wettelijke taak.[34] Overigens bestaat geen overeenstemming over de opvatting van de Algemene Rekenkamer dat een machtigingswet voldoende is voor het aannemen van een wettelijke taak. Zo menen de ministeries van buitenlandse zaken en financiën in tegenstelling tot de Rekenkamer dat de Financierings-Maatschappij voor Ontwikkelingslanden NV (FMO), die bij machtigingswet is opgericht, geen rwt is.[35] In dit verband zij opgemerkt dat uit het feit dat een privaatrechtelijke rechtspersoon door de overheid is opgericht, niet per definitie kan worden afgeleid dat die rechtspersoon een wettelijke taak uitvoert; die taak kan namelijk later zijn beëindigd.[36]

De bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer hebben geen betrekking op de niet-publieke taken van de private rechtspersoon met een wettelijke taak (*voor zover*-benadering). De memorie van toelichting bij de wet tot wijziging van de Comptabiliteitswet 1976 geeft echter aan dat dit niet betekent dat de Algemene Rekenkamer geen kennis zou mogen nemen van informatie over de niet-publieke taken. Volgens de memorie kan daaraan 'bij voorbeeld behoefte bestaan ter beoordeling van toegepaste doorberekeningen van bepaalde kostensoorten aan de publieke respectievelijk niet-publieke taken van de betrokken rechtspersoon.'[37]

Naast de eis dat een wettelijke taak moet worden verricht, geldt ook dat de private rechtspersoon daartoe geheel of gedeeltelijk wordt bekostigd uit de opbrengst van *bij of krachtens de wet ingestelde heffingen* (art. 91 lid 1 sub d Cw 2001). Een wettelijke heffing omvat blijkens de parlementaire geschiedenis onder andere 'rijksbijdragen (bij voorbeeld aan TNO, ZWO), collegegelden, ziekenfondspremies, premies soci-

31 Algemene Rekenkamer 2012, p. 84-85.
32 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 982, nrs. 1-2, p. 39.
33 De privaatrechtelijke rechtspersoon wordt dan opgericht zonder machtigingswet ex art. 34 lid 4 Cw 2001.
34 Zijlstra 2008, p. 32. Zie anders: Schroten 2000, p. 135.
35 Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26 982, nrs. 1-2, p. 39; *Kamerstukken II* 2006/07, 30 850, nr. 2, p. 70-71; Algemene Rekenkamer 2008, p. 22.
36 Vergelijk Schroten 2000, p. 33; Jak & Zijlstra 2011, p. 192.
37 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 27. Zo ook *Kamerstukken II* 1998/99, 24 479 en 24 500, nr. 5, p. 15.

ale verzekeringen, tarieven academische ziekenhuizen, motorrijtuigenbelasting (...). De aldus gekozen formulering houdt in dat de onderhavige categorie rechtspersonen niet is beperkt tot de groep die zelfstandig heffingen aan derden oplegt en/of int.'[38] Er bestaan drie soorten wettelijke heffingen, namelijk: belastingen, premies en tarieven. Vanwege het omslagkarakter van belastingen en premies kunnen zij niet anders dan bij wettelijke regeling geheven worden (vgl. art. 104 Grondwet), wat inhoudt dat zij per definitie *wettelijke* heffingen zijn. Bij tarieven is dat niet altijd het geval. Zij zijn alleen als wettelijke heffing aan te merken, wanneer er een wettelijke verplichting tot betaling is. Tarieven waaraan de minister alleen een maximum kan stellen zonder dat de verplichting tot betaling in de wet is opgenomen, zijn daarom geen wettelijke heffing. Te denken valt aan verschillende keuringsinstellingen, waarbij de verplichting tot keuring in de wet is vastgelegd, maar de verplichting tot betaling voortvloeit uit de met de keuringsinstelling gesloten overeenkomst en niet uit de wet.[39] Over de vraag wanneer een tarief nu precies een wettelijke heffing is, heeft tussen de Algemene Rekenkamer en verschillende ministeries lange tijd discussie bestaan.[40] Deze discussie is in 2005 beslecht. De Rekenkamer, het ministerie van Financiën en de overige ministeries hebben een aantal algemene uitgangspunten geformuleerd op grond waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van een tarief als wettelijke heffing:

> 'Er is sprake van tarief zijnde een wettelijke heffing indien bij of krachtens de wet:
> * een tarief of vergoeding wordt ingesteld, opgelegd of vastgesteld (het vastleggen impliceert het opleggen of instellen);
> * de minister of het toezichtsorgaan de bevoegdheid heeft om een tarief of vergoeding in te stellen, op te leggen of vast te stellen;
> * een formule wordt vastgesteld waarmee het tarief of de vergoeding wordt berekend; of
> * wordt geregeld dat een te hanteren tarief of vergoeding de goedkeuring behoeft van de minister of een toezichtsorgaan.
>
> Er is geen sprake van een tarief zijnde een heffing als:
> * een maximumtarief of -vergoeding wordt geregeld;
> * elementen worden bepaald die in de berekening van het tarief of de vergoeding (kunnen) worden betrokken (er is beleidsvrijheid voor de rechtspersoon; of
> * wordt geregeld dat de minister of een toezichtsorgaan de begroting en/of de verantwoording/jaarverslag moet goedkeuren, zoals bij openbaarvervoerbedrijven.
>
> Uiteindelijk kan het begrip heffing worden gedefinieerd als een door de wetgever aan een geïdentificeerde groep van burgers of bedrijven opgelegde verplichting bepaalde bedragen aan daartoe door de wetgever aangewezen organen af te staan,

38 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 18 en 27.

39 Algemene Rekenkamer 2012, p. 85-86.

40 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 982, nrs. 1-2, p. 39-40; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 656, nrs. 1-2, p. 11, 52-53, 57; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 655, nrs. 1-2, p. 7, 16, 68; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 450, nrs. 1-2, p. 21, 78.

ongeacht of de individuele burger of het individuele bedrijf daarvoor onmiddellijk een op maat toegesneden prestatie teruggeleverd krijgt.'[41]

Hoewel artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001 daarvoor aanknopingspunten bevat (zie het woord 'daartoe'), hoeven de wettelijke heffingen niet specifiek geheven te worden met het oog op de uitoefening van de wettelijke taak. Dat is bij premies en tarieven doorgaans wel het geval, maar bij belastingen niet. Dat neemt dus niet weg dat belastingen als wettelijke heffing kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001.[42]

Een punt van aandacht betreft ten slotte wat precies de bevoegdheden zijn van de Rekenkamer ten opzichte van private rechtspersonen die gefinancierd worden door een *publiekrechtelijke* rechtspersoon met een wettelijke taak. Gedacht kan worden aan ziekhuizen en bejaardenhuizen. Doordat de rwt de ten behoeve van zijn taak beschikbare publieke middelen verstrekt aan de derde rechtspersoon, ontstaat een *financiële binding* met een publiek karakter. De vraag rijst of dit ertoe zou moeten leiden dat de Rekenkamer ook bevoegd zou moeten zijn ten aanzien van de derde rechtspersoon. Hoewel de Rekenkamer daarop heeft aangedrongen en de minister van financiën zich daarvoor niet ongevoelig heeft getoond, voorziet de Cw 2001 op dit punt nog niet in een uitbreiding van de competentie van de Rekenkamer.[43]

9.4 Rode draad

9.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Algemene Rekenkamer op grond van artikel 91 Cw 2001 onderzoeksbevoegdheden heeft bij enerzijds woningcorporaties en anderzijds bij ProRail.

9.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

Woningcorporaties oefenen weliswaar een wettelijke taak uit,[44] maar worden niet als rechtspersonen met een wettelijke taak beschouwd als bedoeld in artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001. Zij worden namelijk niet bekostigd uit bij of krachtens de wet ingestelde heffingen (de huren worden niet als zodanig aangemerkt). Dit betekent

41 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 655, nr. 6; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 189, nr. 3, p. 21-22. Zie ook Algemene Rekenkamer 2012, p. 87-88.

42 Algemene Rekenkamer 2012, p. 88.

43 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 24 479, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 1998/99, 24 479 en 24 500, nr. 5, p. 14-15.

44 Het publieke belang van de volkshuisvesting waarvoor de overheid op grond van de Grondwet zorg dient te dragen, wordt mede door woningcorporaties gerealiseerd via de erkenning van woningcorporaties als toegelaten instelling.

dat de Algemene Rekenkamer naar geldend recht geen bevoegdheden heeft bij woningcorporaties.[45]

In het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting is evenwel voorzien in de mogelijkheid voor de Algemene Rekenkamer om bij woningcorporaties onderzoek uit voeren. Deze mogelijkheid is in het wetsvoorstel opgenomen in artikel 61la naar aanleiding van een amendement van het lid Van Bochove.[46] Artikel 61la van het wetsvoorstel luidt:

> De Algemene Rekenkamer is bevoegd, voor zover zij dit nodig acht voor het uitoefenen van haar taak, bij alle toegelaten instellingen alle goederen, administraties, documenten, en andere informatiedragers op een door haar aan te geven wijze te onderzoeken. Artikel 87, tweede lid, van de Comptabiliteitswet 2001 is van overeenkomstige toepassing.

De bedoeling van deze bepaling is er voor te zorgen dat de Algemene Rekenkamer haar taak kan uitoefenen om een volledig oordeel te vormen over het functioneren van het toezicht door de Financiële Autoriteit Woningcorporaties[47] op de toegelaten instellingen en het toezicht van de minister.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft aanvaarding van het amendement ontraden.[48] Volgens haar heeft de Algemene Rekenkamer op dit moment geen bevoegdheden bij woningcorporaties, omdat het private instellingen betreft met een maatschappelijk bestemd vermogen. Een ander bezwaar is volgens de minister dat de bestuurlijke drukte door directe bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer rond de woningcorporaties niet spoort met de wens van de regering om deze juist te verminderen. Voor controle van de woningcorporaties is er een solide toezicht. Aanvullende bevoegdheden voor de Algemene Rekenkamer zijn volgens de minister niet nodig. Het betoog van de minister heeft niet mogen baten. Het amendement is aangenomen en maakt deel uit van het wetsvoorstel zoals dat bij de Eerste Kamer is ingediend.[49]

---

45 Algemene Rekenkamer 2012, p. 101-102. Zie ook de brief d.d. 12 april 2010 van de Algemene Rekenkamer aan de minister voor Wonen, Wijken en Integratie over het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting. Te raadplegen via www.rekenkamer.nl. Overigens dringt zich de vraag op hoe de algemeen gedeelde opvatting dat de Algemene Rekenkamer niet bevoegd is ten aanzien van van woningcorporaties, zich verhoudt met artikel 91 lid 1 sub c Cw 2001. Op grond van dit artikel is de Algmene Rekenkamer bevoegd ten aanzien van rechtspersonen waaraan de Staat een subsidie heeft verleend. Woningcorporaties kunnen subsidies ontvangen van het Centraal Fonds Volkshuisvesting. Kennelijk valt dat niet onder artikel 91 lid 1 sub c Cw 2001.

46 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 769, nr. 90.

47 Het huidige Centraal Fonds Volkshuisvesting wordt omgevormd tot de Financiële Autoriteit Woningcorporaties. Zie art. 57 e.v. Woningwet (nieuw).

48 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 769, nr. 65, p. 4.

49 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 769, nr. A.

9.4.3 *ProRail*

De Algemene Rekenkamer beschikt op grond van artikel 91 lid 1 Cw 2001 over onderzoeksbevoegdheden bij ProRail. Anders dan men wellicht zou verwachten, is deze bevoegdheid niet gebaseerd op artikel 91 lid 1 sub a (100% staatsdeelneming). ProRail B.V. is een 100% dochter van Railinfratrust B.V. waarvan de staat alle aandelen houdt. De bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer strekken zich echter niet uit tot dochterondernemingen, ook niet als het volle (100%) dochters zijn.[50] De onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer kan wel worden gebaseerd op artikel 91 lid 1 sub c Cw 2001, omdat ProRail subsidies ontvangt op grond van de Wet Infrastructuurfonds en het Besluit Infrastructuurfonds. Daarnaast is de Algemene Rekenkamer bevoegd op grond van artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001. ProRail wordt namelijk beschouwd als een rechtspersoon met een wettelijke taak in de zin van die bepaling.[51]

9.5 Conclusie

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer zich uitstrekt tot semipublieke instellingen. De Algemene Rekenkamer is in de eerste plaats bevoegd met betrekking tot private rechtspersonen die een *financiële relatie* hebben met de Staat (art. 91 lid 1 sub a-c Cw 2001). Hieraan ten grondslag ligt het 'budgettaire beginsel' op grond waarvan de Rekenkamer functioneert als 'correlaat van het budgetrecht van het parlement.' De criteria die de omvang van de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer bepalen zijn *formeel* (of: organisatorisch) van aard: bepalend is de financiële relatie met het Rijk op grond van deelnemingen, leningen, garanties of subsidies. Voor de bevoegdheidsomvang wordt geen belang gehecht aan de aard van de handelingen die de private rechtspersoon verricht.

In de tweede plaats is de Algemene Rekenkamer bevoegd ten aanzien van private rechtspersonen die als rwt kunnen worden aangemerkt: rechtspersonen met een *wettelijke taak* die worden bekostigd uit *wettelijke heffingen* (art. 91 lid 1 sub d). De ratio van de bevoegdheid van de Rekenkamer bij dergelijke rwt's is gelegen in het 'materieel publiekrechtelijk beginsel'. Wegens de uitoefening van een wettelijke taak kan de private rechtspersoon materieel tot de overheid worden gerekend, waardoor parlementaire controle op de uitoefening van de wettelijke taak mogelijk moet zijn. Daarnaast houdt de ratio van de bevoegdheid van de Rekenkamer in deze context verband met de ministeriële verantwoordelijkheid voor het beleidsterrein waarop de wettelijke taak wordt verricht.

Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat het niet geheel vanzelfsprekend is dat de onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer wordt bepaald aan de hand van het 'wettelijke taak'-criterium. De functie van de

50 Zie § 9.2.3.

51 Zie bijvoorbeeld Algemene Rekenkamer 2012, p. 128; Algemene Rekenkamer 2011, p. 40. Zie ook de annotatie van Timmermans onder Vz. ABRvS 29 januari 2004, *JB* 2004, 160.

Algemene Rekenkamer is immers gericht op de controle van de *financiën* van de overheid; een koppeling met publieke middelen ligt dan meer voor de hand. Dat gebeurt ook in artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001. De private rechtspersoon moet, naast het verrichten van een wettelijke taak, ook worden bekostigd uit publieke middelen. Dit betekent dat ook bij rwt's het 'budgettaire beginsel' van belang is. De omvang van de bevoegdheid bij rwt's wordt bepaald door zowel *materiële* als *formele* (of: organisatorische) criteria. Het materiële criterium is gelegen in de wettelijke taak die wordt uitgeoefend. Opmerkelijk is dat de vraag naar de aanwezigheid van een wettelijke taak soms wordt beantwoord aan de hand van formele (of: organisatorische) omstandigheden, zoals de betrokkenheid van de overheid bij de oprichting van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Op zichzelf vloeit uit het feit dat de overheid betrokken is geweest bij de oprichting echter niet per se voort dat de private rechtspersoon vanzelfsprekend een wettelijke taak behartigt; die taak kan later zijn beëindigd. Verder geldt bij rwts dat zij moeten worden bekostigd uit wettelijke heffingen. Daarin is een formeel (of: organisatorisch) element te herkennen.

Bij wijze van voorbeeld is nagegaan in hoeverre de Algemene Rekenkamer op grond van artikel 91 Cw 2001 onderzoeksbevoegdheden heeft bij enerzijds woningcorporaties en anderzijds bij ProRail. De Algemene Rekenkamer heeft geen bevoegdheden bij woningcorporaties, omdat zij niet kunnen worden aangemerkt als rechtspersonen met een wettelijke taak in de zin van artikel 91 lid 1 sub d Cw 2001. In artikel 61la van het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting is evenwel voorzien in de mogelijkheid voor de Algemene Rekenkamer om bij woningcorporaties onderzoek uit voeren. De Algemene Rekenkamer heeft op grond van artikel 91 Cw 2001 wel bevoegdheden bij ProRail. Prorail kan namelijk worden beschouwd als een rechtspersoon met een wettelijke taak die voor een belangrijk deel wordt bekostigd uit subsidiegelden (art. 91 lid 1 sub c en sub d Cw 2001).

Hoofdstuk 10 Grondrechten

10.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de grondrechten van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Uitgangspunt is dat de overheid in haar relatie tot de burger steeds is gebonden aan de grondrechten. De vraag is wat precies wordt verstaan onder 'overheid'. In het verlengde daarvan rijst de vraag in hoeverre semipublieke instellingen in dit verband als overheid kunnen worden aangemerkt. Het antwoord op die vraag is van belang voor de *werking* van grondrechten. Kan een semipublieke instelling worden aangemerkt als 'overheid', dan is sprake van verticale werking van grondrechten in de relatie met burgers.[1] Wordt de semipublieke instelling daarentegen als particulier beschouwd, dan bestaat alleen nog de mogelijkheid van horizontale werking van grondrechten. Horizontale werking heeft betrekking op de toepassing van grondrechten in de relatie tussen burgers onderling.[2] Het onderscheid tussen verticale en horizontale werking is van belang, omdat grondrechten in geval van verticale werking onverkort gelden en derhalve uitsluitend kunnen worden beperkt overeenkomstig de grondwettelijke beperkingssystematiek. Bij horizontale werking is dat meestal anders, zoals in dit hoofdstuk duidelijk zal worden. In horizontale verhoudingen is veelal slechts ruimte voor een belangenafweging tussen het grondwettelijk beschermde belang enerzijds en een ander (grondwettelijk beschermd) belang anderzijds.

Ter beantwoording van de hierboven geformuleerde centrale vraag, wordt in dit hoofdstuk in het bijzonder ingegaan op de toepasselijkheid van zowel de grondrechten uit de Grondwet (§ 10.2) als de grondrechten uit het EVRM (§ 10.3).[3] Daarbij wordt ingegaan op de verticale werking van grondrechten enerzijds en de horizontale werking van grondrechten anderzijds. In paragraaf 10.4 wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de grondrechten van toepassing zijn op

1 Burkens e.a. 2012, p. 146; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 15 e.v.

2 Burkens e.a. 2012, p. 146; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 2.

3 Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (*PbEU* 2010, C-83/02) dat per 1 december 2009 gelding heeft, blijft buiten beschouwing. Het Handvest heeft in beginsel alleen verticale werking. Zie Barkhuysen & Bos 2011, p. 9, 14-15. Deze auteurs schrijven dat onder andere zelfstandige bestuursorganen en private rechtspersonen die een publieke taak behartigen onder de normerende werking van het Handvest vallen (p. 15). Het vraagstuk van de horizontale werking van het Handvest is nog volop in ontwikkeling. Derhalve is (nog) niet met zekerheid te zeggen in hoeverre het Handvest horizontale werking toekomt. Zie voor een overzicht van de stand van zaken: Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011, § 3.2.2. Vanwege de relatie tussen het Handvest en het EVRM zal, daar waar relevant, wel aan het Handvest worden gerefereerd. Zie over de invloed van fundamentele EU-rechten op het privaatrecht ook paragraaf 4.3 van de dissertatie van Cherednychenko 2007.

enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 10.5).

10.2 Grondwet

10.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ten eerste ingegaan op de vraag in hoeverre de grondrechten uit de Grondwet in verticale zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Vervolgens komt de horizontale werking van grondrechten in relatie tot semipublieke instellingen aan de orde.

10.2.2 Verticale werking

In deze paragraaf wordt nagegaan in hoeverre de rechter semipublieke instellingen in verticale zin onderworpen acht aan grondrechten en welke omstandigheden hij daarbij relevant acht. Aangenomen moet worden dat de grondrechten in ieder geval van toepassing zijn op semipublieke instellingen die als *bestuursorgaan* kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Dit kan worden afgeleid uit artikel 3:14 BW. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat semipublieke instellingen die bestuursorgaan zijn via artikel 3:14 BW gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hetzelfde geldt voor de toepasselijkheid van de grondrechten. In de literatuur wordt namelijk aangenomen dat artikel 3:14 BW niet alleen betrekking heeft op de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar ook op de grondrechten.[4]

De vraag rijst of de grondrechten ook in verticale zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen die *niet* kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan. De (al wat oudere) rechtspraak op dit punt is dun gezaaid.[5] In de rechtspraak heeft zich een aantal keer de vraag voorgedaan of het Nederlands Congresgebouw NV (NCG) verticaal gebonden is aan de grondrechten. In de eerste plaats is relevant een uitspraak van de president van de rechtbank Den Haag van 9 juni 1987,[6] inzake de afwijzing door het NCG van een door de Stichting 'Nederlands Zuid-Afrikaanse Werkgemeenschap' (NZAW) gevraagde zaalreservering. De NZAW deed onder andere een beroep op het grondrecht van vergadering (art. 9 Gw). Voor de rechtbank rees de vraag of grondrechten in casu horizontaal werken. De rechtbank wijst erop dat de overheid zeer grote invloed kan uitoefenen op het NCG. De aandelen zijn immers voor 30% in handen van de gemeente Den Haag. Daarnaast bezet de gemeente op grond van de statuten vier van de acht plaatsen in de raad van commissarissen. Van de overige vier zetels zijn er twee bezet door de Staat. De rechtbank overweegt:

4 Zie paragraaf 2.3.2.
5 Zie voor deze jurisprudentie: Schroten 2000, p. 160-162; Schreuder 1994, p. 148-150.
6 *AB* 1987, 580.

> 'Kan men hier nog spreken van een "horizontale" verhouding tussen NZAW en Congresgebouw? Wil men dat volhouden dan zal men toch in ieder geval een horizontale werking van het grondrecht moeten aannemen. Aldus wordt dan ook beslist.'

De rechtbank oordeelt vervolgens dat het NCG een ongeoorloofde inbreuk heeft gepleegd op het grondrecht van vergadering. In dit geval past de rechtbank een directe horizontale werking van artikel 9 Gw toe. Hoewel de rechtbank geen verticale werking aannam, is het verschil daarmee evenwel klein.[7]

Een tweede uitspraak, ditmaal van het Hof Den Haag,[8] betrof een vergelijkbaar geschil. Ook nu had het NCG geweigerd om het NZAW een zaal te verhuren. De reden daarvoor was dat het NCG de 'NZAW beschouwt als een organisatie "die voor het systeem van apartheid, zoals dat door de officiële politiek van Zuid-Afrika nog steeds wordt bevorderd en die de grondslag van het Zuid Afrikaanse staatsbestel is, begrip wil wekken en die dat systeem wil ondersteunen."'[9] De vraag is of de weigering door NCG strijd oplevert met artikel 1 Gw. Het Hof overweegt:

> 'De bijzondere mogelijkheid voorzien in artikel 2:158, lid 12, BW en de in artikel 2:161, lid 4, BW opgenomen bijzondere mogelijkheid tot schorsing en ontslag van overheidswege aangewezen commissarissen, zijn in de wet opgenomen opdat de overheid als overheid een zekere mate van zeggenschap in de leiding van de betrokken onderneming kan toekomen. (...). Zulks in aanmerking genomen brengen de omstandigheid dat de meerderheid van de aandelen van NCG in handen is van de Staat en de gemeenten 's-Gravenhage, en de ruime mate waarin in de statuten van NCG van de in artikel 2:158, lid 12, voorzien mogelijkheid gebruik is gemaakt (zes van acht commissarissen zijn "overheidscommissarissen") mee, dat het in artikel 1 van de Grondwet opgenomen discriminatieverbod ten aanzien van NCG werking heeft. Dit brengt mee dat NCG geen huur van een zaal in het Congresgebouw aan NZAW mag weigeren om de in overweging 4 vermelde reden en dat zij door die weigering tegenover NZAW onrechtmatig handelt. NCG meent ten onrecht terzake enige beleidsvrijheid te hebben.'

Wat zegt deze overweging nu over de verticale dan wel horizontale werking van artikel 1 Gw? Daarvoor is van belang welke betekenis moet worden toegekend aan de zinsnede waarin staat dat artikel 1 Gw ten aanzien van NCG 'werking heeft'. Volgens annotator Heringa duiden die woorden erop dat het Hof het NCG tot de overheid rekent en derhalve verticale werking aanneemt.[10] Schroten nuanceert dit door er op te wijzen dat het verband tussen de werking van artikel 1 Gw en het zijn

7 Zie Kortmann 2008, p. 392; Burkens 1989, p. 187 gaat nog verder: 'Uit de betreffende overwegingen moet wellicht worden begrepen, dat het Congresgebouw als semi-overheid werd aangemerkt; alsdan is uiteraard van horizontale werking geen sprake.' Zie ook Nehmelman & Noorlander 2013, p. 276-278. Volgens hen kan men zich afvragen of de invloed van de overheid op het Congresgebouw niet zodanig overheersend is, dat de vrijheid van vergadering verticale werking zou toekomen (p. 278).

8 1 oktober 1992, *NJCM-Bulletin* 18-3 (1993), p. 299-302 (m.nt. Heringa).

9 r.o. 4.

10 Zo ook Burkens e.a. 2012, p. 146.

van overheidsinstelling niet expliciet door het Hof wordt gelegd.[11] Dat betekent mijns inziens ook dat niet is uitgesloten dat in casu – evenals bij de president van de Rechtbank Den Haag – sprake is van directe horizontale werking in plaats van verticale werking.

Het oordeel van het Hof wordt gedragen door twee argumenten: (1) de omstandigheid dat de meerderheid van de aandelen van NCG in handen is van de Staat en de gemeente Den Haag, en (2) de ruime mate waarin in de statuten van NCG gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om overheidscommissarissen te benoemen (zes van de acht commissarissen zijn overheidscommissaris).

Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 Gw vond ook plaats in een geschil tussen een gehandicapte en de Nederlandse Spoorwegen N.V. De gehandicapte stelt dat hij ongelijk wordt behandeld omdat de assistentieverlening aan gehandicapten op het station Delft niet permanent beschikbaar wordt gesteld. Dit betoog wordt door de president van de Rechtbank Den Haag verworpen:

> 'Het onder meer in de Grondwet opgenomen gebod om gelijke gevallen gelijk te behandelen, brengt niet zonder meer een juridische verplichting met zich mee voor aanbieders van diensten om aan gehandicapten een aan hun handicap aangepast aanbod te doen van dien aard dat zij op gelijke voet als niet-gehandicapten van de betrokken dienst gebruik kunnen maken. Iets anders is dat de gemeenschap er terecht naar streeft dat voor gehandicapten zo veel mogelijk dezelfde faciliteiten beschikbaar zijn als voor niet-gehandicapten, welk streven ook door de gemeenschap wordt bekostigd.'[12]

Uit deze overweging blijkt evenmin of het overheidskarakter van de NS bepalend is voor de toetsing aan artikel 1 Gw en of sprake is van verticale of (directe) horizontale werking van het grondrecht.

Voorts kan gewezen worden op een arrest van de Hoge Raad van 3 september 1993,[13] waaruit blijkt dat het handelen van PTT Telecom BV door de rechter getoetst moet worden aan het gelijkheidsbeginsel, onder andere in de zin van artikel 1 Gw. In casu gaat het om de verplichting van bepaalde asielzoekers (zogenaamde ROA-gerechtigden) een waarborgsom te storten voordat zij door de PTT op het telefoonnet worden aangesloten. Eerder was in de literatuur al de vraag gerezen of de privatisering van de PTT met zich brengt dat de PTT niet meer aan grondrechten gebonden was, in het bijzonder het briefgeheim (art. 13 Gw). Die vraag is door sommigen ontkennend beantwoord: de PTT zou nog onder een zodanige overheidsinvloed staan dat daarom moet worden aangenomen dat zij gebonden is aan de grondrechten.[14]

Ten slotte is relevant een arrest van de Hoge Raad inzake de Stichting Zaanwerk, een door de gemeente Zaanstad ter uitvoering van de Rijksbijdrageregeling

11 Schroten 2000, p. 161.
12 Pres. Rb. Den Haag 7 mei 1993, *NJCM-Bulletin* 18-6 (1993), p. 685-693 (m.nt. Kroes).
13 *RvdW* 1993, 167.
14 Zie hierover Verhey 1992, p. 96 met literatuurverwijzingen.

banenpools opgerichte stichting.[15] De vraag is of de stichting met het toekennen van een zogenaamde 'gehuwdentoeslag' ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen gehuwde/samenwonende banenpoolers en alleenstaande banenpoolers. Daarbij toetst de Hoge Raad het handelen van de stichting aan artikel 1 Gw (en artikel 26 IVBPR). Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de stichting met het gemaakte onderscheid een legitiem doel heeft nagestreefd. Het met de toeslag nagestreefde doel strookte volledig met de doelstelling van de banenpool zoals die geregeld is in de Rijksbijdrageregeling banenpools. Het oordeel van de rechtbank dat het gemaakte onderscheid tussen gehuwden/samenwonenden enerzijds en alleenstaanden anderzijds een passend middel is om het gestelde doel te bereiken, geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Schroten wijst erop dat uit de arresten over de PTT en de Stichting Zaanwerk niet duidelijk blijkt of de toetsing aan artikel 1 Gw een expliciet verband houdt met het *overheidskarakter* van de betrokken private instellingen.[16] Bovendien is daardoor niet duidelijk of sprake is van directe horizontale werking van grondrechten dan wel verticale werking.

De zojuist besproken rechtspraak biedt weinig aanknopingspunten om de vraag te kunnen beantwoorden in hoeverre semipublieke instellingen in verticale zin aan de grondrechten zijn onderworpen. Dat komt omdat de rechter geen expliciet verband legt tussen de toetsing aan het betreffende grondrecht en het overheidskarakter van de betrokken semipublieke instelling. Alleen het arrest van het Hof Den Haag over het Nederlands Congresgebouw biedt enig inzicht in de omstandigheden die bepalend zijn om de toetsing aan grondrechten te rechtvaardigen: enerzijds het meerderheidsaandeel van de overheid en anderzijds de hoeveelheid overheidscommissarissen. Maar daarmee is nog niet gezegd dat het Congresgebouw tot de overheid wordt gerekend. Doordat het overheidskarakter van de betreffende semipublieke instellingen in het midden blijft, blijft eveneens in het midden of de rechter verticale werking dan wel directe horizontale werking aanneemt. Dat maakt op zichzelf ook niet uit: in beide gevallen past de rechter het grondrecht rechtstreeks toe inclusief de beperkingsclausule. Op grond hiervan kan mijns inziens de conclusie worden getrokken dat de rechter in een geval als het Nederlands Congresgebouw toch ten minste directe horizontale werking aanneemt.[17]

10.2.3 Horizontale werking

10.2.3.1 Algemeen

De vraag naar horizontale werking van grondrechten is aan de orde geweest tijdens de parlementaire behandeling van de Grondwet van 1983. De regering heeft daarbij de mogelijkheid van horizontale werking erkend en heeft in dat verband een glijdende schaal ontwikkeld waarop doorwerking van grondrechten tussen

15 HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 399 (m.nt. P.J. Boon).
16 Schroten 2000, p. 161.
17 Vergelijk Schroten 2000, p. 162.

burgers kan plaatsvinden.[18] Deze schaal voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van directe horizontale werking, hoewel de Staatscommisie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet (Staatscommissie-Cals/Donner) en de Raad van State zich daar tegen hadden uitgesproken. Zij zijn onder andere van oordeel dat grondrechten primair zien op de verticale relatie tussen de staat en de burger. Ook vanuit het parlement is er kritiek geuit, maar de regering bleef bij haar standpunt.[19]

De door de regering ontwikkelde glijdende schaal heeft de rechter echter weinig houvast gegeven en is in de rechtspraak van na 1983 ook niet te herkennen.[20] In plaats daarvan zijn in de rechtspraak drie vormen te vinden waarop grondrechten van betekenis zijn in horizontale verhoudingen. Uit de rechtspraak valt evenwel niet af te leiden waarom en in welke gevallen welke vorm van doorwerking de voorkeur verdient boven de andere. Doorgaans gaat de rechter casuïstisch te werk. De rechter heeft vooralsnog geen principiële overwegingen gewijd aan de vraag op welke wijze fundamentele rechten zich verhouden tot het privaatrecht en in hoeverre zij daarop van invloed zijn.[21]

Ten eerste kan *directe* horizontale werking worden onderscheiden. Daarbij past de rechter de grondrechten op dezelfde wijze toe als in verticale verhoudingen. Dit betekent dat in principe ook de beperkingssystematiek wordt toegepast. Directe horizontale werking wordt in de praktijk nauwelijks door de rechter aangenomen.[22] Bovendien moet de directe horizontale werking worden gerelativeerd gelet op de rechtspraak waarin de rechter de grondslag van een beperking van grondrechten vindt in algemene open privaatrechtelijke normen zoals artikel 6:162 BW.[23] Het betrokken grondrecht wordt (impliciet) vertaald in een aan de uitoefening van dit

18 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16 (MvT). Deze schaal is gebaseerd op de 'glijdende schaal van Boesjes'. Volgens deze schaal kan doorwerking op 5 manieren plaatsvinden: 'Grondrechten kunnen op uiteenlopende wijzen ook in meer en minder ver gaande mate in de horizontale verhoudingen doorwerken. De minst ver gaande wijze is wellicht de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken; dat is het geval met de instructienormen die men bij een aantal sociale grondrechten aantreft. Iets verder gaat de grondrechtsnorm, die zich niet alleen tot de wetgever richt maar zich ook aan de rechter presenteert als een belangrijke waarde waarvan de rechter de invloed ondergaat bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen. Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken, dat de rechter bij de afweging van belangen mede in aanmerking moet nemen. Nog weer verder gaat een grondrecht, dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. Ten slotte kan het grondrecht beogen zich dwingend aan de rechter op te leggen en slechts die afwijkingen toe te staan, welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn.'

19 Zie voor een overzicht van de parlementaire discussie Verhey 1992, p. 34 e.v. Zie ook Cherednychenko 2007, p. 104-106; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 34-36, p. 301-303.

20 Smits 2003, p. 30-31; Cherednychenko 2004, p. 190; Cherednychenko 2007, p. 107.

21 Cherednychenko 2007, p. 106-107; Cherednychenko 2007a, p. 9; Cherednychenko 2004, p. 190.

22 Zie Burkens e.a. 2012, p. 149; Kortmann 2012, p. 366; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 2, p. 78, p. 303, p. 312. Als voorbeelden van directe horizontale werking wordt in de literatuur meestal gewezen op de *Goeree-arresten* (HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702 (m.nt. EAA) en HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289 (m.nt. EAA)) en de arresten *Aids Test I* (HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347) en *Aids Test II* (HR 12 december 2003, *JOL* 2003, p. 652). Zie bijvoorbeeld Cherednychenko 2007, p. 108; Cherednychenko 2007a, p. 10; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 312.

23 Zie HR 12 december 2003, *JOL* 2003, p. 652 (*Aids Test II*).

recht verbonden privaatrechtelijk belang dat vervolgens wordt afgewogen tegen een ander privaatrechtelijk belang (of een belang dat grondwettelijke bescherming geniet en eveneens is omgevormd tot een privaatrechtelijk belang). Alleen op deze manier is de rechter in staat om de belangen van partijen tegen elkaar af te wegen; in principe lenen grondrechten zich als zodanig immers niet voor een dergelijke belangenafweging.[24] Mede tegen de achtergrond van voornoemde relativering kan sterk worden betwijfeld of directe horizontale werking wel voorkomt in de Nederlandse jurisprudentie; door verschillende auteurs wordt betoogd dat daarvan helemaal geen sprake is.[25]

In de literatuur is de directe horizontale werking van grondrechten bekritiseerd.[26] Betoogd is dat directe horizontale werking geen navolging verdient, omdat grondrechten daarvoor niet geschikt zijn.[27] Een belangrijk argument tegen directe horizontale werking is dat de beperkingsclausules vaak zijn toegespitst op de overheid. Toepassing daarvan op rechtsverhoudingen tussen private partijen leidt tot onaanvaardbare resultaten. Als de eiser zich bijvoorbeeld zou beroepen op een grondrecht dat alleen kan worden beperkt door bij of krachtens de wet te stellen regels, zou dat recht altijd prevaleren boven elk gedrag van de gedaagde dat niet door zo'n regel wordt gerechtvaardigd, zelfs als dit gedrag niet in strijd zou zijn met de regels van maatschappelijke betamelijkheid.[28] Een ander argument tegen directe horizontale werking houdt verband met de problemen die zich voordoen als beide particulieren een beroep doen op een grondrecht. Omdat er geen rangorde tussen grondrechten bestaat, kan deze botsing niet worden opgelost en leidt zij tot een impasse. Een belangenafweging is alleen mogelijk langs privaatrechtelijke weg.[29] In relatie tot de overheid speelt dit probleem niet, omdat deze in principe zelf geen beroep op grondrechten toekomt.[30] Tegen de achtergrond van voornoemde kritiek valt goed te begrijpen dat de rechter nauwelijks directe horizontale werking toekent aan grondrechten en in de praktijk vooral de voorkeur geeft aan indirecte horizontale werking.[31]

Indirecte horizontale werking van grondrechten ziet op de situatie waarbij de inhoud van de open normen van het BW – met name: artikel 3:12 BW,

24 Zie Cherednychenko 2004, p. 191; Cherednychenko 2007, p. 109; Cherednychenko 2007a, p. 10-11. Zie ook Nehmelman & Noorlander 2013, p. 81-82, m.n. p. 309.

25 Zie bijvoorbeeld Alkema 1995, p. 29. Vergelijk ook Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[228].

26 Zie voor een overzicht o.a. Emaus 2013, p. 41-45; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 83-84, p. 307-309.

27 Zie onder anderen Smits 2003, p. 31 (met literatuurverwijzingen) en p. 49 e.v.; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[227]; Alkema 1995, p. 31-3.

28 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[227]; Smits 2003, p. 16.

29 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[227]; Smits 2003, p. 17-18 en p. 118-119.

30 Zie Smits 2003, p. 52. Zie evenwel HR 22 januari 1993, *AB* 1993, 198 (*Rost van Tonningen*; m.nt. Van der Burg) waarin de overheid zich in dit geval jegens burgers kan beroepen op de vrijheid van meningsuiting. Deze uitspraak is in de literatuur fel bekritiseerd.

31 Zie Cherednychenko 2004, p. 189-190; Cherednychenko 2007, p. 110; Cherednychenko 2007a, p. 11; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[228]; Smits 2003, p. 31-32: '(...) de Nederlandse praktijk is er een van indirecte werking van grondrechten: vooral via de bestaande privaatrechtelijke regels wordt door rechters aan grondrechten invloed gegeven.'

artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW – beïnvloed wordt door de grondrechten.[32] Er is in dit geval geen sprake van een rechtstreekse toepassing van grondrechten, zoals bij directe horizontale werking. Het gaat om de toepassing van open *privaatrechtelijke* normen waarbij het grondrecht dient als hulpmiddel bij de interpretatie daarvan.[33] De rechter maakt in dit geval steeds een belangenafweging, waarvan niet op voorhand vaststaat wat het resultaat van die belangenafweging zal zijn. De rechterlijke belangenafweging is namelijk doorgaans weinig inzichtelijk. In dit verband kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. De eerste situatie ziet op het geval waarin beide private partijen een beroep doen op een grondrecht. Een belangenafweging zal dan moeten plaatsvinden tussen twee grondwettelijk beschermde belangen. Daarbij geldt dat er in beginsel geen rangorde tussen grondrechten kan worden vastgesteld.[34] Algemeen wordt aangenomen dat de rechter hier pragmatisch te werk gaat en het resultaat van de belangenafweging afhangt van de omstandigheden van het geval.[35] Op voorhand zijn er derhalve geen voorspellingen te doen over de uitkomst van de zaak. Dit geldt ook voor de tweede situatie, waarin geen botsing van grondrechtelijke belangen voorkomt. In dat geval moet een belangenafweging worden gemaakt tussen een grondwettelijk belang enerzijds en een ander privaatrechtelijk belang, dat geen grondwettelijke bescherming geniet, anderzijds. Op grond van de rechtspraak kan worden aangenomen dat belangen die ook in de Grondwet zijn verankerd, in de belangenafweging geen zwaarder gewicht toekomen als 'pure' privaatrechtelijke belangen.[36] Volgens Smits ligt aan de te maken keuze uiteindelijk een politieke opvatting ten grondslag. Het verdient in dit verband opmerking dat de rechter soms impliciet het *publieke belang* lijkt te verkiezen boven andere belangen, maar dat is geen vast gegeven. Waarom de rechter soms de voorkeur geeft aan de verwezenlijking van het publieke belang wordt niet door de rechter inzichtelijk gemaakt.[37]

In de derde plaats kan het zo zijn dat de burgerlijke rechter de open normen van het BW zo invult dat die normen *vergelijkbaar* zijn met de grondrechten, ter-

32 Burkens e.a. 2012, p. 148; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 2-3, 71-73. Indirecte werking kan ook op andere wijzen plaatsvinden, zoals door middel van wetgeving die fundamentele rechten implementeert en van toepassing is in horizontale relaties. Te denken valt aan artikel 429quater Wetboek van Strafrecht, de Algemene wet gelijke behandeling en artikel 7:646 BW. Zie Smits 2003, p. 69-75; Lindenbergh 2006, p. 101, p. 104-105. Zie ook Emaus 2013, p. 28-33.

33 Zie onder anderen Smits 2003, p. 21; Cheredneychenko 2004, p. 189-190.

34 De wetgever heeft zowel bij de totstandkoming van de Grondwet 1983 als bij de Algemene Wet Gelijke Behandeling geen uitspraken over rangordes tussen grondrechten willen doen. Zie Smits 2003, p. 64; Cherednychenko 2004, p. 192.

35 Zie Smits 2003, p. 61-64; Cherednychenko 2004, p. 192. Vergelijk ook Verhey 1992, p. 320-323 inzake het recht op privacy in relatie tot andere grondrechten.

36 Cherednychenko 2004, p. 193. In dit licht wordt wel de vraag opgeworpen of het überhaupt relevant is of een der belangen een grondrechtelijke waarde omvat. Zie Smits 2003, p. 56.

37 Zie Smits 2003, p. 63-64 en p. 28-29 onder verwijzing naar HR 22 januari 1988, *NJ* 1988, 891 (*Maimonides*; m.nt. EAA), waarin de Hoge Raad het publieke belang van een bijzondere school verkiest boven het individuele belang van een leerling. Smits verwijst ook naar HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 (*Edamse bijstandsmoeder*), waarin de Hoge Raad het publieke belang bij (indirecte) opsporing van uitkeringsfraude verkiest boven het individuele belang op privacy van de betrokken bijstandsmoeder.

wijl de rechter zich daar niet expliciet door laat leiden. In dat geval is geen sprake van *doorwerking* van grondrechten in horizontale verhoudingen, maar hooguit van *congruentie* tussen grondrechten en privaatrechtelijke normen.[38] Privaatrechtelijke rechtsvinding leidt aldus tot bescherming van *waarden* die ook in de grondrechten tot uitdrukking komen.[39]

10.2.3.2 Semipublieke instellingen

Hieronder wordt specifiek ingegaan op de horizontale toepasselijkheid van grondrechten op semipublieke instellingen. De regering heeft in de memorie van antwoord bij de grondwetsherziening van 1983 daarover opgemerkt dat de staatsrechtelijke autonomie van burgers niet alleen geldt jegens de overheid, maar ook ten opzichte van maatschappelijke instellingen. Daarnaast is de regering van mening dat de grondrechten in beginsel ook een belangrijke functie kunnen vervullen ter bescherming van de burger in zijn verhouding tot machtige particuliere instellingen.[40]

Directe horizontale werking

Hoewel directe horizontale werking van grondrechten in het algemeen weinig voorkomt, is er wel rechtspraak aan te wijzen waarin het handelen van een semipublieke instelling direct aan grondwettelijke grondrechten wordt getoetst. Gewezen kan worden gewezen op de eerder in paragraaf 10.2.2 besproken rechtspraak over de NS, de PTT, de Stichting Zaanwerk en het Nederlands Congresgebouw N.V. Het handelen van deze instellingen wordt onder andere getoetst aan artikel 1 Grondwet. Daarbij is geconstateerd dat in die rechtspraak in het midden blijft of verticale dan wel directe horizontale werking aan het betrokken grondrecht wordt toegekend. Aangenomen kan worden dat de rechter hier ten minste directe horizontale werking aanneemt. In een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 9 juni 1987 over het Nederlands Congresgebouw NV blijkt uitdrukkelijk dat sprake is van directe horizontale werking van, in dit geval, het recht van vergadering neergelegd in artikel 9 Gw.[41] Waarom de rechter in voornoemde gevallen kiest voor directe toepassing wordt niet gemotiveerd. In een arrest van het Hof Den Haag, ook inzake het Nederlands Congresgebouw, wordt evenwel enig inzicht gegeven in de omstandigheden die de rechter relevant acht om tot toetsing aan artikel 1 Gw over te gaan, namelijk: het meerderheidsaandeel van de overheid en de hoeveelheid overheidscommissarissen (in casu: zes van de acht commissarissen zijn overheidscommissaris).[42]

38 Zie voor dit onderscheid Verhey 1992, p. 139-140.

39 Cherednychenko 2004, p. 190. Zie voor algemene voorbeelden uit de jurisprudentie Cherednychenko 2007, p. 111-112; Cherednychenko 2007a, p. 12; Verhey 1992, p. 185-186; Gerards 2002, p. 533.

40 *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 7 en p. 10.

41 Rb. Den Haag 9 juni 1987, *AB* 1987, 580.

42 Hof Den Haag 1 oktober 1992, *NJCM-Bulletin* 18-3 (1993), p. 299-302 (m.nt. Heringa).

Indirecte horizontale werking
Een voorbeeld waarbij indirecte werking wordt toegekend aan grondrechten in de horizontale relatie tussen een semipublieke instelling en een burger, betreft het welbekende *Maimonides-arrest*.[43] In dit arrest staat de vraag centraal of een Amsterdamse particuliere Joodse school, het Maimonides Lyceum, onrechtmatig heeft gehandeld (art. 6:162 BW), door een leerling te weigeren omdat zijn moeder niet Joods is en de statuten van de school in dat geval geen toelating toestaan. De Hoge Raad maakt een belangenafweging tussen enerzijds de vrijheid van richting (art. 23 Gw) in samenhang met de vrijheid van godsdienst (art. 6 Gw en art. 9 EVRM), en anderzijds de vrijheid van de ouders om voor hun kind de school te kiezen die zij wensen. De Hoge Raad concludeert dat Maimonides niet onrechtmatig heeft gehandeld. Aan deze conclusie legt hij ten grondslag dat:

> 'de in art. 23 Gr.w aan het bijzonder onderwijs gewaarborgde "vrijheid van richting" (...), mede gelet op art. 6 Gr.w en art. 9 EVRM, zo zwaar [weegt] dat het aan degene die (zoals te dezen de Stichting) een instelling van bijzonder onderwijs in stand houdt, in beginsel – behoudens bijzondere omstandigheden waarvan hier geen sprake is – jegens ouders van een kind dat volgens de door hem ten aanzien van die instelling gehanteerde toelatingsnormen van religieuze aard niet voor toelating in aanmerking komt, vrijstaat de door die ouders verlangde toelating te weigeren, ook al hebben die ouders (zoals te dezen Brucker) een sterke en op redelijke gronden berustende voorkeur voor het onderwijs dat aan de betrokken instelling wordt gegeven, en ook al is de betrokken instelling de enige die onderwijs van deze richting verzorgt.'[44]

Het is interessant te constateren dat de Hoge Raad in dit geval het publieke belang van de bijzondere school laat prevaleren boven het individuele belang van de leerling. Eerder is aangegeven dat de rechter wel vaker impliciet het publieke belang lijkt te verkiezen boven andere belangen, maar daarin is, zoals gezegd, geen vaste lijn te ontdekken. Hoewel die gedachte wellicht zou kunnen opkomen, kan uit de rechtspraak dan ook niet worden afgeleid dat de belangenafweging eerder in het voordeel van een semipublieke instelling uitvalt vanwege de behartiging van een publiek belang.

Congruentie tussen grondrechten en privaatrechtelijke normen
Jurisprudentie ten aanzien van semipublieke instellingen waarin congruentie tussen grondrechten en privaatrechtelijke normen plaatsvindt is schaars. In dit verband kan gewezen worden op de eerder, in het kader van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, behandelde arresten van de Hoge Raad, waarin de rechter het handelen van een semipublieke instelling toetst aan het (privaatrechtelijke) *gelijkheidsbeginsel*.[45] Een rechtvaardiging daarvoor kan blijkens die arresten

43 HR 22 januari 1988, *NJ* 1988, 891 (m.nt. EAA).
44 R.o. 3.6.
45 Zie paragraaf 2.3.4. In HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 687 (*Binderen/Kaya*; m.nt. EAA) is een woningcorporatie in de relatie met (potentiële) huurders gehouden aan het gelijkheidsbegin-

gevonden worden in het algemeen belang dat door de betrokken semipublieke instelling wordt behartigd.

10.2.4 Conclusie

Aangenomen moet worden dat de grondrechten in ieder geval in *verticale* zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen die als *bestuursorgaan* kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. De rechtspraak biedt verder weinig aanknopingspunten om de vraag te kunnen beantwoorden in hoeverre de grondrechten ook in verticale zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen die *niet* als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. Soms worden de grondrechten in zo'n geval direct door de rechter toegepast. De rechter legt in zijn uitspraken echter geen expliciet verband tussen de toetsing aan het betreffende grondrecht en het overheidskarakter van de betrokken semipublieke instelling. In het arrest inzake het Nederlands Congresgebouw wordt enig inzicht gegeven in de omstandigheden die de rechter relevant acht om tot toetsing aan artikel 1 Gw over te gaan, namelijk: het meerderheidsaandeel van de overheid en de hoeveelheid overheidscommissarissen (in casu: zes van de acht commissarissen zijn overheidscommissaris). Maar daarmee is nog niet gezegd dat het Congresgebouw tot de overheid wordt gerekend. Doordat het overheidskarakter van de betreffende semipublieke instellingen in het midden blijft, blijft eveneens in het midden of de rechter verticale werking dan wel directe horizontale werking van grondrechten aanneemt. Dat maakt op zichzelf ook niet uit: in beide gevallen past de rechter het grondrecht rechtstreeks toe inclusief de beperkingsclausule. Op grond hiervan kan mijns inziens de conclusie worden getrokken dat de rechter in een geval als het Nederlands Congresgebouw toch ten minste directe horizontale werking aanneemt.

Er zijn drie vormen te onderscheiden waarop grondrechten in *horizontale* zin van invloed kunnen zijn op het handelen van semipublieke instellingen. Er kan sprake zijn van directe dan wel indirecte horizontale werking, of het kan zo zijn dat de burgerlijke rechter de open normen van het van het BW zo invult, dat die normen *vergelijkbaar* zijn met de grondrechten, terwijl de rechter zich daar niet expliciet door laat leiden ('congruentie'). Privaatrechtelijke rechtsvinding leidt aldus tot bescherming van *waarden* die ook in de grondrechten tot uitdrukking komen. Uit de rechtspraak valt niet af te leiden waarom en in welke gevallen welke vorm van doorwerking de voorkeur verdient boven de andere. Doorgaans gaat de rechter casuïstisch te werk. De rechter heeft vooralsnog geen principiële overwegingen gewijd aan de vraag op welke wijze grondrechten zich verhouden tot het privaatrecht en in hoeverre zij daarop van invloed zijn.

---

sel zoals dat tot uitdrukking komt in het privaatrecht en kan worden ingelezen in de bepalingen uit het BW over de onrechtmatige daad. Zie over dit arrest in relatie tot horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel als grondrecht Nehmelman & Noorlander 2013, p. 150-151. In HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 (*Kuunders*; m.nt. Brunner; m.nt. Scheltema; *Gst.* (6970) 1993, 5, m.nt. Damen) wordt het leerstuk van 'misbruik van procesbevoegdheid' in feite ingevuld met het gelijkheidsbeginsel.

Hoewel *directe* horizontale werking in het algemeen nauwelijks voorkomt,[46] blijkt uit de rechtspraak dat de rechter het handelen van semipublieke instellingen zo nu en dan direct aan de grondrechten toetst. In deze rechtspraak blijft evenwel in het midden of verticale dan wel directe horizontale werking van het betrokken grondrecht wordt aangenomen. Geconcludeerd kan worden dat dan toch tenminste sprake is van directe horizontale werking. Uit de jurisprudentie blijkt nauwelijks welke omstandigheden de rechter bepalend acht om tot directe toepassing over te gaan. In een arrest van het Hof Den Haag, inzake het Nederlands Congresgebouw, wordt daarin enig inzicht gegeven. Bepalend is het meerderheidsaandeel van de overheid en de hoeveelheid overheidscommissarissen (in casu: zes van de acht commissarissen zijn overheidscommissaris). In de praktijk geeft de rechter in het algemeen de voorkeur aan *indirecte* horizontale werking. Daar zijn ook goede gronden voor, gelet op de kritiek die in de literatuur is gerezen tegen directe horizontale werking. Opmerkelijk is dat de rechter bij zijn belangenafweging soms het publieke belang lijkt te verkiezen boven andere belangen, maar daarin is geen vaste lijn te ontdekken. In de jurisprudentie waarin *congruentie* tussen grondrechten en privaatrechtelijke normen plaatsvindt, lijkt doorgaans bepalend te zijn dat door de betrokken semipublieke instelling het algemeen belang wordt behartigd.

10.3 EVRM

10.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de grondrechten van het EVRM[47] van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Ter beantwoording van die vraag wordt hierna achtereenvolgens ingegaan op de verticale en horizontale werking van de grondrechten van het EVRM.

10.3.2 Verticale werking[48]

10.3.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een antwoord gezocht op de vraag in hoeverre de grondrechten van het EVRM verticaal van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Die normen zijn in ieder geval verticaal van toepassing op de Staat. Dit blijkt uit artikel 1 EVRM, ingevolge welk artikel de Staat de rechten en vrijheden van het Verdrag dient te verzekeren. Het antwoord op de vraag of ook semipublieke instellingen in verticale zin kunnen worden genormeerd door het EVRM is echter niet (direct) te vinden in artikel 1 EVRM. Aanknopingspunten daarvoor kunnen wel worden gevonden in de rechtspraak van het EHRM over: de reikwijdte van het

46 Sommige auteurs betogen dat het überhaupt niet voorkomt.

47 Daaronder wordt hier verstaan: de rechten en vrijheden van Titel I van het EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

48 Deze paragraaf vormt een bewerking van een eerdere publicatie van mijn hand. Zie Jak 2012, p. 242-247.

klachtrecht (art. 34 lid 1 EVRM); welke verdragsschendingen tot de verantwoordelijkheid van de Staat kunnen worden gerekend; en de interpretatie van 'civil rights and obligations' in de zin van artikel 6 EVRM. De rechtspraak hierover wordt hierna geanalyseerd. Aangenomen moet worden dat voor zover een semipublieke instelling door het Hof als overheid wordt beschouwd, dat met zich brengt dat die instelling in zoverre in verticale zin aan de normen van het EVRM gebonden is.[49] Voorzichtigheid is echter geboden. De rechtspraak van het Hof geeft daarover namelijk geen uitsluitsel. Dat komt omdat het onderscheid tussen 'overheid' en 'niet-overheid' door het Hof niet wordt gemaakt met het oog op de normering van de instelling, maar functioneert ter vaststelling van de reikwijdte van het klachtrecht, de aansprakelijkheid van de staat, et cetera.

10.3.2.2 Artikel 34 lid 1 EVRM: 'governmental organisations'

Artikel 34 lid 1 EVRM bepaalt dat het Hof verzoekschriften kan ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat. Hieruit volgt dat gouvernementele organisaties ('governmental organisations') geen klachtrecht hebben en geen verzoekschrift kunnen indienen. Zo'n verzoek wordt geacht *ratione personae* onverenigbaar te zijn met de bepalingen van het Verdrag of de Protocollen daarbij (art. 35 lid 3 EVRM) en wordt om die reden niet-ontvankelijk verklaard.

De vraag is in hoeverre semipublieke instellingen als governmental organisation kunnen worden gekwalificeerd. In zijn ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Radio France e.a./Frankrijk*[50] heeft het Hof een algemeen criterium geformuleerd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van een 'governmental organisation'. Dit criterium luidt als volgt:

> 'qu'entrent dans la catégorie des « organisations gouvernementales », les personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités. Pour déterminer si tel est le cas d'une personne morale donnée autre qu'une collectivité territoriale, il y a lieu de prendre en considération son statut juridique et, le cas échéant, les prérogatives qu'il lui donne, la nature de l'activité qu'elle exerce et le contexte dans lequel s'inscrit celle-ci, et son degré d'indépendance par rapport aux autorités politiques.'[51]

---

49 Zo ook Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 45-46; Barkhuysen & Van Emmerik onder *AB* 2006, 258, randnummer 4. Dit betekent eveneens dat de als overheid aangemerkte semipublieke instelling in beginsel geen *drager* is van de rechten en vrijheden uit het Verdrag. De reden daarvoor is dat het Verdrag beoogt de burger te beschermen tegen de overheid. In dat geval kan de instelling zelf geen beroep doen op het EVRM, ook niet voor de nationale rechter. Zie Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 18; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 45-46 en p. 16; Barkhuysen & Emmerik onder *AB* 2006, 258, randnummer 4; Engelhard 2010, p. 34. Zie ook ABRvS 7 december 2011, *JB* 2012, 45 (m.nt. Teunissen). Zie voor een andere opvatting Maris 2008 en de in zijn boek besproken rechtspraak.

50 EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00.

51 Par. 26.

Volgens het Hof is bepalend of de betrokken entiteit participeert in de uitoefening van overheidsbevoegdheden dan wel onder controle van de overheid een openbare dienst verricht. Ter vaststelling daarvan moet rekening worden gehouden met: haar juridische status en de rechten die daaraan verbonden zijn, de aard van de activiteiten die zij verricht en de context waarin dat gebeurt en, ten slotte, de mate van onafhankelijkheid van de politieke autoriteiten. Hiermee geeft het Hof een ruime en autonome interpretatie van het begrip 'governemental organisation'. Het Hof beoordeelt aan de hand van eigen maatstaven, los van de rechtsvorm naar nationaal recht, of een instelling als governmental organisation kan worden beschouwd.[52] Soms wordt ook wel belang gehecht aan de nationaalrechtelijke kwalificatie (is sprake van een publiekrechtelijke rechtspersoon of niet)[53], maar doorslaggevend is dat niet. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Holy Monasteries/Griekenland* dat Griekse kloosters van de Staatskerk een beroep kunnen doen op het Verdrag, ondanks het feit dat zij naar nationaal recht kwalificeren als publiekrechtelijke rechtspersonen.[54]

De gedachte achter de ruime en autonome interpretatie van het Hof is te voorkomen dat een verdragspartij zowel als klager en als verwerende partij kan optreden.[55] Het Verdrag beoogt immers particulieren bescherming te bieden jegens de overheid. Het is niet de bedoeling van het Verdrag de overheid tegen de overheid te beschermen.[56] Daarom worden semipublieke instellingen die participeren in de uitoefening van overheidsbevoegdheden of in wezen optreden als verlengde arm van de 'klassieke' overheid door het Hof buiten het klachtrecht gehouden.

De toepassing van het Radio France-criterium op semipublieke instellingen door het Hof is casuïstisch, waardoor het moeilijk is na te gaan welke omstandigheden het Hof in een individueel geval nu precies doorslaggevend acht. Uit de jurisprudentie lijkt desondanks te kunnen worden afgeleid dat het behartigen van een algemeen belang, overheidsfinanciering, publiek aandeelhouderschap of overheidsinvloed op de samenstelling van het bestuur geen beslissende factoren zijn. Wel doorslaggevende omstandigheden lijken te zijn: of sprake is van een monopoliepositie dan wel concurrentie, of de semipublieke instelling enkel is onderworpen aan het vennootschapsrecht, of haar handelingen slechts door de burgerlijke rechter en niet door de bestuursrechter kunnen worden beoordeeld en of het wettelijk systeem dan wel de statuten voorzien in de institutionele onafhankelijkheid van de instelling.[57]

---

52 Vergelijk Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 500.

53 Zie bijvoorbeeld ECRM 28 juni 1995, nr. 26114/95 en 26455/95 (*Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España/Spanje*); ECRM 8 september 1997, nr. 35216/97 (*RENFE/Spanje*).

54 EHRM 9 december 1994, nr. 13092/87 en 13984/88, *NJ* 1996, 374 (m.nt. Alkema). Zie ook ECRM 11 april 1996, nr. 24019/94 (*Finska församlingen i Stockholm/Zweden*).

55 Aldus expliciet het Hof in EHRM 13 december 2007, nr. 40998/98 (*Islamic Republic Of Iran Shipping Lines/Turkije*), par. 81.

56 Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 18. Zie ook ABRvS 7 december 2011, *JB* 2012, 45 (m.nt. Teunissen).

57 Zie EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France e.a./Frankrijk*), par. 26; EHRM 7 december 2006, nr. 35841/02 (*Österreichischer Rundfunk/Oostenrijk*), par. 46-53; EHRM

10.3.2.3 De verantwoordelijkheid van de Staat met betrekking tot de persoon

Een verzoekschrift wordt eveneens niet-ontvankelijk verklaard als de beweerdelijke verdragsschending niet tot de verantwoordelijkheid van de betrokken Staat kan worden gerekend. Op grond van artikel 35 lid 3 EVRM wordt het verzoekschrift dan *ratione personae* onverenigbaar geacht met de bepalingen van het Verdrag of de Protocollen daarbij. Er bestaat hier dus een duidelijk verband met de verzekeringsplicht die voor de Staat is neergelegd in artikel 1 EVRM.[58]

De vraag rijst op grond van welke omstandigheden de Staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van semipublieke instellingen. Een algemeen criterium zoals bij artikel 34 EVRM heeft het Hof niet geformuleerd. De rechtspraak is zeer casuïstisch, maar dat neemt niet weg dat wel een indruk kan worden gekregen van de omstandigheden die het Hof van belang acht. Relevant in dit verband is de ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Woś/Polen*.[59] De zaak betreft het Pools-Duitse Reconciliatie Fonds, een private rechtspersoon die is opgericht om slachtoffers van het Nazi-regime financieel te ondersteunen. Woś klaagt bij het Hof dat hij ten onrechte is verstoken van rechtsbescherming tegen de gedeeltelijke weigering van het Fonds hem een uitkering te verstrekken. Dit levert volgens Woś strijd op met artikel 6 EVRM. De hoogste Poolse rechter had bepaald dat het Fonds geen publiekrechtelijk orgaan is ('not an organ of public administration') en ook geen overheidsfuncties verricht ('does not perform functions in the area of public administration').[60] Als gevolg daarvan stond er geen enkele rechtsgang open tegen de beslissingen van het Fonds.[61] Het Hof buigt zich vervolgens over de vraag of de Poolse staat aangesproken kan worden voor het handelen van het Fonds. Die vraag beantwoordt het Hof onafhankelijk van het oordeel van de Poolse rechter en los van de rechtsvorm naar nationaal recht. De conclusie van het Hof is dat het handelen van het Fonds onder de verantwoordelijkheid van de staat valt. De volgende omstandigheden acht het Hof daartoe relevant:

- de betrokkenheid van de Poolse staat bij de oprichting van het Fonds (par. 62);
- de quasi-publieke taak waarmee het Fonds door de Poolse Staat is belast (par. 63);
- de controle die de staat op het Fonds kan uitoefenen (par. 65);[62]

22 november 2007, nr. 22603/02 (*Ukraine-Tyumen/Oekraïne*), par. 26-28; EHRM 13 december 2007, nr. 40998/98 (*Islamic Republic Of Iran Shipping Lines/Turkije*), par. 78-82.

58 Vergelijk Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 10 en p. 14; Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 523.

59 EHRM 1 maart 2005, nr. 22860/02, *AB* 2006, 258 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; *EHRC* 2005, 54, m.nt. Jansen). Zie hierover Engelhard 2010, p. 33-34; Zijlstra 2008, p. 42; Van Emmerik 2010, p. 71-72.

60 Zie par. 50 en 69.

61 Zie par. 70.

62 Zie voor dit criterium ook EHRM 30 november 2004, nrs. 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 en 42814/02 (*Mykhaylenky e.a./Oekraïne*), par. 43-45 en EHRM 21 december 2004, nr. 34297/02 en 39574/02 (*Derbach en Palek/Oekraïne*), par. 28-33. Beide zaken gaan over het staatsbedrijf Atomspetsbud, dat de betaling achterwege had gelaten van salarisachterstanden waarop klagers volgens de nationale rechter aanspraak hebben. Zie verder EHRM 22 februari 2005, nr. 47148/99, *EHRC* 2005, 39 (*Novoseletskit/*

– de mate van overheidsfinanciering (par. 67);
– de mate van betrokkenheid van de minister bij het benoemen en ontslaan van bestuurders (par. 68).

Op grond van deze omstandigheden concludeert het Hof dat 'the State's role was crucial in establishing the overall framework in which the Foundation operated'. Daaraan doet volgens het Hof niet af dat de Staat geen doordringende invloed heeft op de dagelijkse gang van zaken bij het Fonds en de individuele beslissingen die het Fonds neemt (par. 71). Dit was overigens wel bepalend in de zaak *X/Ierland*.[63] De staat werd daarin niet verantwoordelijk gehouden voor het handelen van een bij wet ingestelde private instelling die gefinancierd werd door middel van 'public funds' en waarvan het beleid onder algemeen toezicht stond van de overheid. De reden daarvoor was dat de betrokken handelingen deel uitmaakten van 'the day to day administration' die volledig in handen was van de instelling zelf en waarover het algemeen overheidstoezicht zich niet uitstrekte.

Evenals in het kader van artikel 34 lid 1 EVRM, geeft het Hof een ruime en autonome interpretatie bij de vraag wiens handelen tot de verantwoordelijkheid van de staat kan worden gerekend, waarbij de rechtsvorm naar nationaal recht niet beslissend is.[64] De gedachte achter deze ruime en autonome benadering houdt verband met het *effectiviteitsbeginsel*, zo blijkt uit *Woś/Polen*. Het effectiviteitsbeginsel houdt in dat het Verdrag steeds zo moet worden uitgelegd dat een praktische effectieve bescherming van de verdragsrechten wordt gegarandeerd.[65] Daarom doet het feit dat de Poolse staat zijn verdragsverplichtingen in zekere zin heeft gedelegeerd aan een private instelling (het Fonds), niet af aan de verantwoordelijkheid van de staat. Zou dit anders zijn, dan zouden de verdragsstaten hun verplichtingen kunnen omzeilen door overheidstaken over te dragen aan private rechtspersonen.[66] Dit zou een praktische en effectieve bescherming van de verdragsrechten in de weg staan.

De rechtspraak van het Hof is, als gezegd, zeer *casuïstisch*. Daardoor blijft in het midden welke omstandigheden nu precies doorslaggevend of cumulatief zijn. Dit maakt het moeilijk te voorspellen in hoeverre het handelen van een semipublieke instelling gerekend kan worden tot de verantwoordelijkheid van de staat. Aan de andere kant heeft het Hof in het arrest *Mykhaylenky e.a./Oekraïne*[67] bij zijn beoordeling expliciet verwezen naar de ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Radio*

Oekraïne). Zie voorts wat oudere rechtspraak inzake British Rail, een genationaliseerde industrie. ECRM 11 juli 1977, nr. 7601/76 (*Young and James/VK*); ECRM 3 maart 1978, nr. 7806/77 (*Webster/VK*); EHRM 13 augustus 1981, nr. 7601/76 en 7806/77 (*Young, James and Webster/VK*), par. 49.

63 ECRM 1 februari 1971, nr. 4125/69.

64 Zo ook Engelhard 2010, p. 30-31.

65 *Woś/Polen*, par. 72-73.

66 Wouters & De Smet 2003, p. 5. Vergelijk in dit verband de regel dat de overheid ook aan het EVRM gebonden is als zij privaatrechtelijk handelt (EHRM 6 februari 1976, nr. 5589/72 en 5614/72, *NJ* 1977, 2, m.nt. Alkema en Zonderland).

67 EHRM 30 november 2004, nrs. 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 en 42814/02, par. 44. Zie ook EHRM 21 december 2004, nr. 34297/02 en 39574/02 (*Derbach en Palek/Oekraïne*), par. 31.

France. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het Hof ook in de context van de verantwoordelijkheid van de staat met betrekking tot de persoon uitgaat van het algemene criterium zoals door het Hof in *Radio France* is geformuleerd. Door verschillende auteurs wordt aangenomen dat het bij artikel 34 lid 1 EVRM enerzijds en de verantwoordelijkheid van de staat anderzijds om eenzelfde toets gaat.[68] Niettemin zijn er verschillen aan te wijzen. Zo lijkt het Hof in het kader van artikel 34 lid 1 EVRM minder belang te hechten aan factoren als overheidsfinanciering, overheidsinvloed op de samenstelling van het bestuur en het feit of al dan niet een publieke taak wordt uitgeoefend. Het kan zijn dat het Hof ten aanzien van het klachtrecht wat soepeler is, omdat het daarbij gaat om de afgrenzing van de groep van mogelijke klagers.[69]

Uit de jurisprudentie blijkt verder dat een verdragsstaat zich niet aan zijn verantwoordelijkheid kan onttrekken door zijn verplichtingen over te dragen aan private rechtspersonen. Dit blijkt onder meer uit het arrest *Castello-Robberts/Verenigd Koninkrijk*.[70] In dit arrest gaat het om de vraag of het Verenigd Koninkrijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor lijfstraffen die door het schoolhoofd van een independent school werden uitgevoerd. Op grond van artikel 2 van het Eerste Protocol is de staat verplicht het recht op onderwijs te verzekeren. Daaraan kan de staat zich volgens het Hof niet onttrekken door deze verplichting te delegeren aan de betrokken school (de school werd als het ware door de staat ingezet om aan zijn eigen verdragsverplichtingen te voldoen). Daarom wordt het beklaagde handelen van het schoolhoofd aan de staat toegerekend.[71]

Voor de vraag onder welke omstandigheden de Staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van een semipublieke instelling, is het niet altijd nodig om na te gaan in hoeverre de semipublieke instelling tot de overheid kan worden gerekend. De vraag naar de reikwijdte van het overheidsbegrip kan in dit verband dikwijls worden omzeild door staatsaansprakelijkheid te construeren via het leerstuk van de positieve verplichtingen of de aansprakelijkheid van de rechter voor de juiste toepassing van het EVRM.[72] Een voorbeeld hiervan is de zaak *Danilenkov/Rusland*[73] over 'Union busting' door de Kaliningrad Seaport Company. De Russische regering probeerde aannemelijk te maken dat dit bedrijf privaatrechtelijk van aard is en dat de Staat niet aansprakelijk is voor het handelen van dit bedrijf. Dat is volgens het Hof niet relevant:

> 'The Court notes that the parties disagree as to whether the circumstances of the present case involved direct intervention by the State, given the status of the Kaliningrad seaport company. It considers that it is not necessary to rule on this issue,

68 Zie Barkhuysen & Van Emmerik onder *AB* 2006, 258, randnummer 4; Engelhard 2010, p. 34.

69 Zie ook Engelhard 2010, p. 34 en p. 32.

70 EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, *NJ* 1995, 725 (m.nt. Alkema). Zie ook *Woś/Polen*, par. 60, 72-73.

71 Par. 27-28. Vergelijk EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans/VK*); ECRM 13 december 1990, nr. 14229/88 (*X & Y/VK*). Zie hierover Zwaak 2006a, p. 186-187.

72 Gerards 2011, p. 290. Het gaat hier in wezen om horizontale werking van het EVRM. Zie daarover hierna § 10.3.3.

73 EHRM 30 juli 2009, nr. 67336/01, *EHRC* 2009, 113, aangehaald door Gerards 2011, p. 290.

since the responsibility of the Russian Federation would, in any case, be engaged if the matters complained of resulted from a failure on its part to secure to the applicants under domestic law the rights set forth in Article 11 of the Convention.'[74]

10.3.2.4 Artikel 6 lid 1 EVRM: 'civil rights and obligations'

Op deze plaats wordt een uitstapje gemaakt naar artikel 6 EVRM. Bij de uitleg van de reikwijdte van de in dat artikel genoemde zinsnede 'civil rights and obligations' hanteert het Hof namelijk een vergelijkbare benadering als bij de vaststelling van de reikwijdte van het klachtrecht en de verantwoordelijkheid van de staat. Van belang in dit verband is de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Woonbron e.a./Nederland*[75] waarin het Hof oordeelde dat een subsidiegeschil tussen enkele woningcorporaties en de Staat geen betrekking heeft op de 'civil rights and obligations' van de woningcorporaties. Als gevolg hiervan kunnen de woningcorporaties zich niet beroepen op artikel 6 EVRM met de klacht dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht is. Het Hof legt aan zijn oordeel ten grondslag dat de bijzondere positie van de woningcorporaties niet vergeleken kan worden met een individu wiens rechtspositie rechtreeks wordt geraakt door wijzigingen in het subsidiebeleid van de Staat. Daarbij acht het Hof relevant dat het doel en de rol van de woningcorporaties op het terrein van de woningbouw een 'typical general interest character' dragen, ondanks het feit dat de woningcorporaties privaatrechtelijke rechtspersonen zijn. Daarnaast is het Hof van oordeel dat de Staat zich door financiële ondersteuning van woningcorporaties 'avails itself of public-authority prerogatives, which cannot be regarded as directly affecting civil rights and obligations in the sense of Article 6 § 1 of the Convention.' Het oordeel van het Hof impliceert dat de betrokken woningcorporaties het Verdrag alleen niet kunnen inroepen voor zover hun klacht betrekking heeft op de geldelijke steun van de overheid; daarbuiten kunnen zij dat wel.[76] Kennelijk beschouwt het Hof de woningcorporaties niet als governmental organisations in de zin van artikel 34 lid 1 EVRM; anders was het verzoek om die reden wel niet-ontvankelijk verklaard.

10.3.2.5 Conclusie

Het EVRM is blijkens artikel 1 EVRM in ieder geval verticaal van toepassing op de staat. Het antwoord op de vraag of ook semipublieke instellingen in verticale zin kunnen worden genormeerd door het EVRM is echter niet (direct) te vinden in artikel 1 EVRM. Aanknopingspunten daarvoor kunnen wel worden gevonden in de rechtspraak van het EHRM over: de reikwijdte van het klachtrecht (art. 34 lid 1 EVRM) en de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de staat. Aangenomen moet worden dat voor zover een semipublieke instelling door het Hof als overheid

74 Par. 120. Zie ook EHRM 13 augustus 1981, nr. 7601/76 en 7806/77 (*Young, James & Webster/Verenigd Koningrijk*), par. 49.

75 EHRM 18 juni 2002, nr. 47122/99, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 785-789 (m.nt. Verheij).

76 Zie Engelhard 2010, p. 32. Zie ook ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 waarin de Afdeling toetst of het Centraal Fonds Volkshuisvesting jegens verschillende woningcorporaties in strijd heeft gehandeld met artikel 1 EP EVRM door hen bepaalde bijdrageheffingen op te leggen (r.o. 2.3 t/m 2.4).

wordt beschouwd, dat met zich brengt dat die instelling in zoverre in verticale zin aan de normen van het EVRM gebonden is.

Semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als 'governmental organisation' in de zin van artikel 34 lid 1 EVRM vallen buiten het klachtrecht. Dergelijke instellingen zijn in verticale zin gebonden aan het EVRM. Het bepalende criterium is of de semipublieke instelling participeert in de uitoefening van overheidsbevoegdheden dan wel onder controle van de overheid een openbare dienst verricht (*Radio France*-arrest). Daarmee geeft het Hof een ruime en autonome interpretatie van het begrip 'governmental organisations'. De rechtspraak van het Hof is op dit punt zeer casuistisch gebleken. Daardoor is het moeilijk na te gaan welke omstandigheden het Hof in een individueel geval precies doorslaggevend acht. De gedachte achter de ruime interpretatie van Hof is te voorkomen dat een verdragspartij zowel als klager en als verwerende partij kan optreden. Het is niet de bedoeling van het Verdrag de overheid tegen de overheid te beschermen.

Semipublieke instellingen waarvan het handelen tot de verantwoordelijkheid van de staat kan worden gerekend, zijn eveneens verticaal gebonden aan het EVRM. Uit het arrest *Woś/Polen* blijkt dat daarvan sprake is ingeval van cruciale overheidsinvloed op de betrokken private rechtspersoon. Ook hier geeft het Hof een ruime en autonome interpretatie. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het hier om eenzelfde toets gaat als bij artikel 34 lid 1 EVRM. Niettemin lijkt het Hof in het kader van het klachtrecht wat soepeler. De ratio van de ruime en autonome interpretatie van het Hof is gelegen in het mogelijk maken van een praktische en effectieve bescherming van de verdragsrechten. Wanneer de staat zijn verdragsverplichtingen in zekere zin heeft gedelegeerd aan een private instelling, doet dat niet af aan de verantwoordelijkheid van de staat. Anders zouden de verdragsstaten hun verplichtingen onder het EVRM kunnen omzeilen door overheidstaken over te dragen aan private entiteiten. Voor de vraag onder welke omstandigheden de Staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van een semipublieke instelling, is het overigens niet altijd nodig om na te gaan in hoeverre de semipublieke instelling tot de overheid kan worden gerekend. De vraag naar de reikwijdte van het overheidsbegrip kan in dit verband dikwijls worden omzeild door staatsaansprakelijkheid te construeren via het leerstuk van de positieve verplichtingen of de aansprakelijkheid van de rechter voor de juiste toepassing van het EVRM (horizontale werking).

10.3.3 Horizontale werking

Voor het EVRM geldt dat in principe geen horizontale werking toekomt aan de verdragsbepalingen. Dit houdt verband met het feit dat het EHRM alleen oordeelt in geschillen tussen verdragsstaten en particulieren. Daarbij is steeds de vraag in hoeverre de staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor een mogelijke verdragsschending.[77] Desalniettemin kan het EVRM wel van invloed zijn op horizontale verhoudingen.

77 In EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94, *NJ* 2002, 181 (*VgT Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland*) heeft het hof ook expliciet aangegeven dat het niet wenselijk dan wel noodzakelijk is om een

Zo wordt de schending van een verdragsrecht door een particulier soms aan de staat toegerekend. Belangrijk in dit verband is dat op de staat de *positieve verplichting* kan rusten om de schending van een mensenrecht door een particulier te voorkomen, waardoor een soort 'indirecte derdenwerking' ontstaat. De staat kan aan de op hem rustende positieve verplichting voldoen door bijvoorbeeld wetgeving tot stand te brengen of handhavend op te treden.[78] Een voorbeeld waarin een semipublieke instelling is betrokken betreft het arrest *Young, James & Webster t. Verenigd Koningrijk*.[79] In casu ging het om het ontslag van enkele werknemers van British Rail, een genationaliseerde industrie ('nationalised industry'), omdat zij weigerden zich aan te sluiten bij een vakvereniging, terwijl zij daar wel toe verplicht waren op grond van een tussen British Rail en enkele vakverenigingen gesloten 'closed shop' overeenkomst die deel uitmaakte van het arbeidscontract. De handelswijze van British Rail was toelaatbaar onder de relevante nationale wetgeving. De betrokken werknemers klagen bij het EHRM dat hun recht op vrijheid van vergadering en vereniging zoals neergelegd in artikel 11 EVRM is geschonden. Het Hof oordeelt dat gedragingen van private partijen die resulteren in schendingen van het Verdrag, en kunnen plaatsvinden omdat de relevante nationale wetgeving dat toelaat, tot de verantwoordelijkheid van de betrokken staat kunnen worden gerekend:

> 'Under Article 1 (art. 1) of the Convention, each Contracting State "shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention"; hence, if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation, the responsibility of the State for that violation is engaged. Although the proximate cause of the events giving rise to this case was the 1975 agreement between British Rail and the railway unions, it was the domestic law in force at the relevant time that made lawful the treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any resultant breach of the Convention is thus engaged on this basis.'[80]

---

algemene theorie te ontwikkelen over de vraag in hoeverre de Verdragsrechten ook toepasselijk zouden moeten zijn tussen private partijen. Zie verder Zwaak 2006, p. 29; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[221]; Verhey 2009, p. 519-521.

78 Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 18 en p. 42; Gerards 2011, p. 264-280; Smits 2003, p. 26-27; Verhey 2009, p. 523-527; Engelhard 2010, p. 44 e.v.; Wouters & De Smet 2003, p. 11-15; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 51-60, p. 315. Een dergelijke vorm van horizontale werking kan mogelijk ook opgaan voor het Handvest voor de Grondrechten van de EU, omdat het Hof van Justitie bij de uitleg van het Handvest aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van het EHRM. Zie Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011, § 3.2.2.

79 EHRM 13 augustus 1981, nr. 7601/76 en 7806/77. Zie ook EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*López Ostra/Spanje*) inzake een klacht dat de luchtvervuiling en geluidhinder door een particulier afvalverwerkingsbedrijf strijd oplevert met artikel 8 EVRM en EHRM 2 oktober 2001, nr. 36022/97, *NJ* 2003, 454 (m.nt. EJD) waarin werd geklaagd dat de geluidsoverlast veroorzaakt door de luchthaven Londen Heathrow in strijd is met artikel 8 EVRM. Zie voor deze voorbeelden Wouters & De Smet 2003, p. 11-15.

80 Par. 49. Vergelijk ook EHRM 30 juli 2009, nr. 67336/01, *EHRC* 2009, 113 (*Danilenkov/Rusland*), par. 120.

De vraag is of in het kader van deze indirecte horizontale werking via de band van de positieve verplichtingen, van belang is of de verdragsschending al dan niet plaatsvindt in verband met de behartiging van een publiek belang. Aanknopingspunten voor een positieve beantwoording van deze vraag zouden gevonden kunnen worden in het arrest *Castello-Robberts/VK,* waarin het Verenigd Koninkrijk verantwoordelijk wordt gehouden voor lijfstraffen uitgevoerd door een schoolhoofd. Relevant lijkt hier te zijn dat de school een publieke taak behartigt door uitvoering te geven aan de taak van de staat om het recht op onderwijs te verzekeren.[81] Desalniettemin wordt ook het handelen van private instellingen die géén publieke taak uitoefenen soms aan de staat toegerekend. Volgens Engelhard gaat het 'niet zozeer om het feit dat/of er publieke belangen worden behartigd, maar om de reikwijdte van door het verdrag beschermde rechten die bij enig optreden aan de orde kunnen zijn (...).'[82]

Een andere manier waarop het verdrag kan doorwerken in horizontale relaties is via de betrokkenheid van de rechter bij een geschil tussen particulieren. Aangezien de rechter, evenals de andere staatsmachten, verplicht is de verdragsrechten te verwezenlijken, kan aan het EHRM de vraag worden voorgelegd of de uitspraak van de nationale rechter in overeenstemming is met het EVRM.[83] Een voorbeeld betreft het arrest *Mustafa en Tarzibachi/Zweden*, waarin het EHRM oordeelt, dat de belangenafweging die de Zweedse rechter heeft gemaakt in een geschil over een aan een huurder opgelegd antenneverbod, niet de toets van artikel 10 EVRM kan doorstaan.[84] Hoewel deze zaak geen semipublieke instelling betreft, is wel voorstelbaar dat zich een vergelijkbare situatie kan voordoen als het gaat om een antenneverbod opgelegd door bijvoorbeeld een woningcorporatie.

Voorts staat het de nationale rechter vrij om horizontale werking toe te kennen aan de verdragsbepalingen van het EVRM. Dit kan zowel directe als indirecte horizontale werking zijn.[85] Daarop is hiervoor, in paragraaf 10.2.3, uitgebreid ingegaan. Een voorbeeld waarin *directe* horizontale werking van EVRM-rechten jegens een semipublieke instelling wordt aangenomen, betreft een arrest van het Hof Amsterdam van 9 december 2008.[86] In deze zaak heeft een woningcorporatie jegens enkele huurders geen toestemming gegeven voor het plaatsen van een schotelantenne op een woning. Door het Hof wordt expliciet directe horizontale werking toegekend aan het in artikel 10 lid 1 EVRM neergelegde recht op vrije informatiegaring. De reden daarvoor is erin gelegen dat volgens het hof 'te voorzien valt dat niet alleen de toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden, maar het benutten van aan privaatrechtelijke verhoudingen ontleende bevoegdheden tot

81 EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, *NJ* 1995, 725 (m.nt. Alkema). Zie Engelhard 2010, p. 45. Vergelijk Verhey 2009, p. 520-521 en Gerards 2011, p. 277.

82 Engelhard 2010, p. 45-46.

83 Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 40; Verhey 2009, p. 525-527; Gerards 2011, p. 281-286; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[225 onder b]; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 52, p. 60-61.

84 EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, *AB* 2009, 286 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik).

85 Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 18, p. 42, p. 48-49; Zwaak 2006, p. 30 en p. 32; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[225].

86 ECLI:NL:GHAMS:2008:BH8886. Vergelijk ook Hof Den Haag 3 februari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3130 (*Stichting Interstede*).

inbreuken op dit vrijheidsrecht kunnen leiden (...).' Het weigeren van de toestemming voor het plaatsen van een schotelantenne wordt door het hof als een beperking van dat recht beschouwd. Het hof oordeelt evenwel dat het handelen van de woningcorporatie de toets van het tweede lid van artikel 10 EVRM kan doorstaan. Volgens het hof kunnen de belangen van de woningcorporatie – waaronder het vrijwaren van haar huurders voor overlast van andere huurders – de inbreuk op het recht op vrije informatiegaring rechtvaardigen en prevaleren die belangen boven het belang van de bewoners bij ontvangst van de door hen gewenste informatie.[87] De woningcorporatie kan hier dus een geslaagd beroep doen op de beperkingsclausule. In de literatuur wordt geconstateerd dat semipublieke instellingen zich blijkens de jurisprudentie regelmatig met succes op de beperkingsclausules uit het EVRM kunnen beroepen. Omdat een gerechtvaardigde inbreuk op een verdragsrecht vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is, kan een semipublieke instelling, juist vanwege zijn publieke taakuitoefening, relatief gemakkelijker aan de betrokken beperkingsclausule voldoen dan bijvoorbeeld pure commerciële ondernemingen.[88]

Een voorbeeld waarbij *indirecte* werking wordt toegekend aan EVRM-rechten betreft het eerder besproken *Maimonides-arrest*,[89] waarin de vrijheid van godsdienst zoals neergelegd in artikel 9 EVRM een rol speelt. Zoals gezegd, is het opvallend dat de Hoge Raad in dit arrest het publieke belang van de bijzondere school laat prevaleren boven het individuele belang van de leerling. In de literatuur wordt uit de rechtspraak inzake semipublieke instellingen voorzichtig afgeleid, dat hoe 'publieker' het botsende belang is waarbinnen de mensenrechtenschending plaatsvindt, hoe meer de rechter geneigd lijkt te zijn om bij de invulling van de open privaatrechtelijke normen nauwer bij de verdragstekst en de beperkingsclausules van de verdragsbepalingen aan te sluiten. Daardoor is het verschil met directe horizontale werking niet groot. Het gevolg is dat de belangenafweging dikwijls uitvalt in het voordeel van de betrokken semipublieke instelling, omdat

87 In oudere rechtspraak werd een door een woningbouwvereniging opgelegd antenneverbod ook wel in de sleutel van *indirecte* horizontale werking geplaatst. Zie bijvoorbeeld HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168 (m.nt. EAA). Zie hierover Verhey 1992, p. 184. Vergelijk ook het eerder genoemde EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, *AB* 2009, 286 (*Mustafa en Tarzibachi/Zweden*; m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik) waarin het EHRM oordeelt, dat de belangenafweging die de Zweedse rechter heeft gemaakt in een geschil over een aan een huurder opgelegd antenneverbod, niet de toets van artikel 10 EVRM kan doorstaan. In deze casus is dan wel geen sprake van horizontale werking van het EVRM, maar is het EVRM weldegelijk van invloed op de horizontale verhouding tussen huurder en verhuurder.

88 Aldus Engelhard 2010, p. 17, p. 18-20, p. 39-40, p. 50 op basis van een analyse van de Nederlandse rechtspraak. Vergelijk in dit verband de discussie over de directe horizontale werking van VWEU bepalingen inzake discriminatie en inzake de vrijheden van personen- en dienstenverkeer en de op het algemeen belang gebaseerde uitzonderingen die een inbreuk daarop kunnen rechtvaardigen. Door Hartkamp wordt bijvoorbeeld naar voren gebracht dat een beperking van de excepties tot gronden die verband houden met de behartiging van een algemeen belang, het (ongewenste) gevolg heeft dat praktisch alleen particulieren die een publiek belang behartigen aan die excepties kunnen voldoen. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[66].

89 HR 22 januari 1988, *NJ* 1988, 891 (m.nt. EAA). Zie § 10.2.3.2.

een gerechtvaardigde inbreuk vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is.[90]

10.3.4 Conclusie

Het EVRM is blijkens artikel 1 EVRM in ieder geval *verticaal* van toepassing op de staat. Het antwoord op de vraag of ook semipublieke instellingen in verticale zin kunnen worden genormeerd door het EVRM is echter niet (direct) te vinden in artikel 1 EVRM. Aanknopingspunten daarvoor kunnen wel worden gevonden in de rechtspraak van het EHRM over: de reikwijdte van het klachtrecht (art. 34 lid 1 EVRM) en de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de staat. Aangenomen moet worden dat voor zover een semipublieke instelling door het Hof als overheid wordt beschouwd, dat met zich brengt dat die instelling in zoverre in verticale zin aan de normen van het EVRM gebonden is.

Semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als 'governmental organisation' in de zin van artikel 34 lid 1 EVRM vallen buiten het klachtrecht. Dergelijke instellingen zijn in verticale zin gebonden aan het EVRM. Het bepalende criterium is of de semipublieke instelling participeert in de uitoefening van overheidsbevoegdheden dan wel onder controle van de overheid een openbare dienst verricht (*Radio France*-arrest). Daarmee geeft het Hof een ruime en autonome interpretatie van het begrip 'governmental organisations'. De rechtspraak van het Hof is op dit punt zeer casuistisch gebleken. Daardoor is het moeilijk na te gaan welke omstandigheden het Hof in een individueel geval precies doorslaggevend acht. De gedachte achter de ruime interpretatie van Hof is te voorkomen dat een verdragspartij zowel als klager en als verwerende partij kan optreden. Het is niet de bedoeling van het Verdrag de overheid tegen de overheid te beschermen.

Semipublieke instellingen waarvan het handelen tot de verantwoordelijkheid van de staat kan worden gerekend, zijn eveneens verticaal gebonden aan het EVRM. Uit het arrest *Woś/Polen* blijkt dat daarvan sprake is ingeval van cruciale overheidsinvloed op de betrokken private rechtspersoon. Ook hier geeft het Hof een ruime en autonome interpretatie. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het hier om eenzelfde toets gaat als bij artikel 34 lid 1 EVRM. Niettemin lijkt het Hof in het kader van het klachtrecht wat soepeler. De ratio van de ruime en autonome interpretatie van het Hof is gelegen in het mogelijk maken van een praktische en effectieve bescherming van de verdragsrechten. Wanneer de staat zijn verdragsverplichtingen in zekere zin heeft gedelegeerd aan een private instelling, doet dat niet af aan de verantwoordelijkheid van de staat. Anders zouden de verdragsstaten hun verplichtingen onder het EVRM kunnen omzeilen door overheidstaken over te dragen aan private entiteiten. Voor de vraag onder welke omstandigheden de Staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van een semipublieke instelling, is het overigens niet altijd nodig om na te gaan in hoeverre de semipublieke instelling tot de overheid kan worden gerekend. De vraag naar de reikwijdte van het overheidsbegrip kan in dit verband dikwijls

90 Aldus Engelhard 2010, p. 17, p. 18-20, p. 39-40, p. 50 op basis van een analyse van de Nederlandse rechtspraak.

worden omzeild door staatsaansprakelijkheid te construeren via het leerstuk van de positieve verplichtingen of de aansprakelijkheid van de rechter voor de juiste toepassing van het EVRM (horizontale werking).

Hoewel aan het EVRM in principe geen *horizontale* werking toekomt, kunnen de daarin opgenomen mensenrechten wel van invloed zijn op horizontale verhoudingen. Dit kan via de band van de positieve verplichtingen, dan wel via de betrokkenheid van de rechter bij een geschil tussen particulieren. In het kader van de positieve verplichtingen is wel rechtspraak aan te wijzen waarin het behartigen van een publiek belang door een semipublieke instelling een bepalende factor lijkt te zijn om schending van een verdragsrecht door een dergelijke instelling aan de staat toe te rekenen (*Castello-Robberts/VK*). Of de behartiging van een publiek belang in dat verband daadwerkelijk een rol van betekenis heeft, kan evenwel niet met zekerheid worden gezegd. Verder staat het de nationale rechter vrij om horizontale werking toe te kennen aan de verdragsbepalingen van het EVRM. Ten aanzien van *directe* horizontale werking van EVRM rechten kan worden geconstateerd dat semipublieke instellingen, in vergelijking met andere privaatrechtelijke rechtspersonen, relatief gemakkelijker aan de betrokken beperkingsclausule kunnen voldoen, omdat een gerechtvaardigde inbreuk op een verdragsrecht vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is. Gaat het om *indirecte* horizontale werking, dan wordt in de literatuur uit de rechtspraak voorzichtig afgeleid, dat hoe 'publieker' het botsende belang is waarbinnen de mensenrechtenschending plaatsvindt, hoe meer de rechter geneigd lijkt te zijn om bij de invulling van de open privaatrechtelijke normen nauwer bij de verdragstekst en de beperkingsclausules aan te sluiten. Daardoor is het verschil met directe horizontale werking niet groot. Het gevolg is dat de belangenafweging dikwijls uitvalt in het voordeel van de betrokken semipublieke instelling, omdat een gerechtvaardigde inbreuk vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is.

10.4 Rode draad

10.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de grondrechten van toepassing zijn op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. In het bijzonder wordt ingegaan op de toepasselijkheid van de grondrechten uit de Grondwet en de grondrechten uit het EVRM.

10.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

10.4.2.1 Grondwet

Directe werking
De vraag is of woningcorporaties direct gebonden zijn aan de grondrechten uit de Grondwet, hetgeen inhoudt dat de rechter de grondrechten rechtstreeks toepast

inclusief de beperkingsclausules. De grondrechten zijn in ieder geval direct van toepassing op semipublieke instellingen die als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.2, is uitgebreid uiteengezet dat woningcorporaties geen bestuursorgaan zijn. Zij kunnen dus niet om die reden gebonden zijn aan de grondrechten.

De vervolgvraag is of woningcorporaties anderszins direct aan de grondrechten gebonden zijn. Die vraag is niet eenduidig te beantwoorden, omdat de rechter nauwelijks inzichtelijk maakt welke factoren bepalend zijn om al dan niet tot directe toepassing over te gaan. Omstandigheden die in ieder geval relevant lijken te zijn is of de overheid een meerderheidsaandeel heeft in de private rechtspersoon en of het toezichthoudend orgaan in meerderheid uit overheidscommissarissen bestaat. Beide omstandigheden doen zich bij woningcorporaties niet voor. Desondanks zijn in de jurisprudentie wel aanknopingspunten te vinden op grond waarvan kan worden aangenomen dat de grondrechten door woningcorporaties in acht moeten worden genomen. Gewezen kan worden op een arrest van het Hof Amsterdam waarin het Hof het handelen van een woningcorporatie direct toetst aan het in artikel 10 lid 1 EVRM neergelegde recht op vrije informatiegaring.[91] Gelet op dit arrest is niet uitgesloten dat de rechter ook directe werking zal aannemen van de grondrechten uit de Grondwet.[92]

Indirecte horizontale werking

Ingeval van indirecte horizontale werking maakt de rechter een belangenafweging tussen de belangen van de woningcorporatie enerzijds en de belangen van een derde anderzijds. Op voorhand staat niet vast wat het resultaat van die belangenafweging zal zijn. Het springt in het oog dat de rechter soms impliciet het publieke belang lijkt te verkiezen boven andere belangen, maar dat is geen vast gegeven. Op grond van de rechtspraak kan dan ook niet met zekerheid worden gesteld dat de belangenafweging eerder in het voordeel van een woningcorporatie uitvalt vanwege de behartiging van het publieke volkshuisvestingsbelang.

Congruentie tussen grondrechten en privaatrechtelijke normen

Het feit dat een woningcorporatie een publiek belang behartigt en over een zekere machtspositie beschikt,[93] kan voor de burgerlijke rechter aanleiding vormen om

91 Hof Amsterdam 9 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH8886. Zie § 10.3.3.

92 Zie voorts HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 873 (m.nt. P.A. Stein). De Hoge Raad oordeelde dat een woningbouwvereniging zich slechts op een in een huurovereenkomst opgenomen huisdierenverbod mag beroepen als dat geen ongelijke behandeling oplevert. De Hoge Raad laat zich niet uit over de vraag waarom op de woningbouwvereniging de verplichting tot gelijke behandeling rust. Het lijkt erop dat de Hoge Raad van belang acht dat de verhuurder een woningbouwvereniging is – de Hoge Raad spreekt in het arrest immers over 'een verhuurder als de onderhavige' – maar zeker is dat niet. In deze zin Stein in de noot bij het arrest. Dit arrest heeft weliswaar geen betrekking op het gelijkheidsbeginsel in de zin van artikel 1 Grondwet, dat neemt evenwel niet weg dat het arrest wel aanknopingspunten biedt voor directe toepasselijkheid van grondrechten op woningcorporaties.

93 Een woningcorporatie beschikt over een machtspositie wanneer zij als enige sociale huurwoningen in een regio verhuurt en voor de huurder in feite geen alternatief bestaat dan het huren van een woning bij juist deze woningcorporatie. Zie Raat 2007, p. 210.

de open normen van het BW zo in te vullen dat die normen een vergelijkbare inhoud krijgen als de grondrechten. Een dergelijke congruentie vindt bijvoorbeeld plaats in het arrest *Binderen/Kaya*.[94] Uit dit arrest blijkt dat een woningcorporatie vanwege het publieke belang dat zij behartigt, in relatie met haar huurders gehouden is het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. Het gaat hier niet om het gelijkheidsbeginsel als grondrecht, maar om het gelijkheidsbeginsel als beginsel van ongeschreven privaatrecht. Schending van dat beginsel levert een onrechtmatige daad op in de zin van artikel 6:162 BW.

10.4.2.2 EVRM

Verticale werking
Verschillende omstandigheden wijzen in de richting dat woningcorporaties in het licht van de jurisprudentie van het EHRM mogelijk tot de overheid kunnen worden gerekend en aldus in verticale zin aan het EVRM gebonden zijn. Zo is het publieke belang van de volkshuisvesting in wezen opgedragen aan de woningcorporaties via de erkenning als toegelaten instelling. Daarnaast kan de minister toezicht en controle uitoefenen op de woningcorporaties.

Desondanks zijn er ook diverse redenen aan te duiden om aan te nemen dat het EVRM niet in verticale zin van toepassing is op woningcorporaties. Daarvoor is van belang in te zien dat semipublieke instellingen die in de context van het EVRM tot de overheid worden gerekend, geen drager kunnen zijn van de rechten en vrijheden van het Verdrag. Uit de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Woonbron e.a./Nederland* kan worden afgeleid dat woningcorporaties wel drager kunnen zijn van grondrechten.[95] Weliswaar kunnen woningcorporaties het Verdrag blijkens die beslissing niet inroepen tegen de staat voor zover hun klacht betrekking heeft op de geldelijke steun van de overheid, daarbuiten kunnen zij weldegelijk een beroep doen op het Verdrag. Interessant in dit verband is ook een Afdelingsuitspraak van 2 november 2011, waarin de Afdeling toetst of het Centraal Fonds Volkshuisvesting jegens verschillende woningcorporaties in strijd heeft gehandeld met artikel 1 EP EVRM door hen bepaalde bijdrageheffingen op te leggen.[96] De Afdeling gaat er blijkbaar vanuit dat woningcorporaties drager zijn van het in artikel 1 EP EVRM neergelegde recht op eigendom. Dat impliceert *a contrario* dat de Afdeling de woningcorporaties kennelijk niet als overheid beschouwt in de zin van het EVRM. Ook het EHRM lijkt daarvan uit te gaan, aangezien het Hof in de zaak Woonbron de betrokken woningcorporaties klaarblijkelijk niet als governmental organisations aanduidt; anders was het verzoek van de woningcorporaties om die reden wel niet-ontvankelijk verklaard.

Horizontale werking
Nu jegens woningcorporaties geen sprake lijkt te zijn van verticale werking van het EVRM, rijst de vervolgvraag of het EVRM wel in horizontale zin van toepassing

94 Zie § 2.3.4. Zie ook § 2.4.2.
95 Zie over deze zaak § 10.3.2.4.
96 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143.

kan zijn op woningcorporaties. Het EVRM kan van invloed zijn op de verhouding tussen een woningcorporatie en een derde via de positieve verplichtingen van de staat dan wel via de betrokkenheid van de rechter bij een geschil tussen een woningcorporatie en een derde. Een voorbeeld van dit laatste betreft het arrest *Mustafa en Tarzibachi/Zweden*, waarin het EHRM oordeelt, dat de belangenafweging die de Zweedse rechter heeft gemaakt in een geschil over een aan een huurder opgelegd antenneverbod, niet de toets van artikel 10 EVRM kan doorstaan.[97] Hoewel deze zaak geen betrekking heeft op een woningcorporatie, is wel voorstelbaar dat zich een vergelijkbare situatie kan voordoen als het gaat om een door een woningcorporatie opgelegd antenneverbod.

Voorts staat het de nationale rechter vrij om horizontale werking toe te kennen aan het EVRM. Dit kan zowel directe als indirecte horizontale werking zijn. Een voorbeeld waarin *directe* horizontale werking van EVRM-rechten jegens een woningcorporatie wordt aangenomen, betreft een reeds eerder besproken arrest van het Hof Amsterdam van 9 december 2008.[98] In deze zaak heeft een woningcorporatie jegens enkele huurders geen toestemming gegeven voor het plaatsen van een schotelantenne op een woning. Door het hof wordt expliciet directe horizontale werking toegekend aan het in artikel 10 lid 1 EVRM neergelegde recht op vrije informatiegaring. De reden daarvoor is erin gelegen dat volgens het hof 'te voorzien valt dat niet alleen de toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden, maar het benutten van aan privaatrechtelijke verhoudingen ontleende bevoegdheden tot inbreuken op dit vrijheidsrecht kunnen leiden (...).' Het weigeren van de toestemming voor het plaatsen van een schotelantenne wordt door het hof als een beperking van dat recht beschouwd. Het hof oordeelt evenwel dat het handelen van de woningcorporatie de toets van het tweede lid van artikel 10 EVRM kan doorstaan. Volgens het hof kunnen de belangen van de woningcorporatie – waaronder het vrijwaren van haar huurders voor overlast van andere huurders – de inbreuk op het recht op vrije informatiegaring rechtvaardigen en prevaleren die belangen boven het belang van de bewoners bij ontvangst van de door hen gewenste informatie.[99] De woningcorporatie kan hier dus een geslaagd beroep doen op de beperkingsclausule. Het is niet uitgesloten dat een woningcorporatie, vanwege haar publieke taakbehartiging, in het algemeen relatief gemakkelijker aan de betrokken beperkingsclausules kan voldoen dan bijvoorbeeld pure commerciële ondernemingen. Een gerechtvaardigde inbreuk is namelijk vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is.

Ingeval van *indirecte* horizontale werking maakt de rechter een belangenafweging tussen de belangen van de woningcorporatie enerzijds en de belangen van een derde anderzijds. Op voorhand staat niet vast wat het resultaat van die belangenafweging zal zijn. In de literatuur wordt uit de rechtspraak inzake semi-publieke instellingen voorzichtig afgeleid, dat hoe 'publieker' het botsende belang

97 Zie § 10.3.3.

98 ECLI:NL:GHAMS:2008:BH8886. Zie § 10.3.3.

99 In oudere rechtspraak werd een door een woningbouwvereniging opgelegd antenneverbod ook wel in de sleutel van *indirecte* horizontale werking geplaatst. Zie bijvoorbeeld HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168 (m.nt. EAA). Zie hierover Verhey 1992, p. 184.

is waarbinnen de mensenrechtenschending plaatsvindt, hoe meer de rechter geneigd lijkt te zijn om bij de invulling van de open privaatrechtelijke normen nauwer bij de verdragstekst en de beperkingsclausules van de verdragsbepalingen aan te sluiten.[100] Voor woningcorporaties zou dit kunnen betekenen dat de belangenafweging, in vergelijking met pure commerciële ondernemingen, eerder in hun voordeel uitvalt, omdat een gerechtvaardigde inbreuk vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is.

10.4.3 ProRail

10.4.3.1 Grondwet

Directe werking
De vraag is of ProRail direct gebonden is aan de grondrechten uit de Grondwet, hetgeen inhoudt dat de rechter de grondrechten rechtstreeks toepast inclusief de beperkingsclausules. De grondrechten zijn in ieder geval direct van toepassing op semipublieke instellingen die als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.3, is uitgebreid uiteengezet dat ProRail geen bestuursorgaan is. ProRail kan dus niet om die reden gebonden zijn aan de grondrechten.[101]

De vervolgvraag die zich opdringt is of ProRail anderszins direct aan de grondrechten gebonden is. Die vraag is niet eenduidig te beantwoorden, omdat de rechter nauwelijks inzichtelijk maakt welke factoren bepalend zijn om al dan niet tot directe toepassing over te gaan. Uit de jurisprudentie komt evenwel naar voren dat in ieder geval relevant lijkt te zijn of de overheid een meerderheidsaandeel heeft in de vennootschap en of het toezichthoudend orgaan in meerderheid uit overheidscommissarissen bestaat. Ten aanzien van ProRail geldt dat de Staat alle aandelen houdt. Daarnaast heeft de Staat, via de algemene vergadering van aandeelhouders, invloed op de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Gelet hierop is niet uitgesloten dat ProRail direct gebonden is aan de grondrechten. Bovendien is in de jurisprudentie ook van andere overheidsbedrijven, zoals de NS, aangenomen dat de grondrechten direct van toepassing zijn.[102]

Indirecte horizontale werking
Ingeval van indirecte horizontale werking maakt de rechter een belangenafweging tussen de belangen van ProRail enerzijds en de belangen van een derde anderzijds. Op voorhand staat niet vast wat het resultaat van die belangenafweging zal

100 Zie § 10.3.3.
101 De door ProRail namens de minister krachtens mandaat genomen besluiten worden uiteraard wel door de grondrechten genormeerd (Besluit mandaat, volmacht en machtiging ProRail inzake bevoegdheden Spoorwegwet). Voor zover ProRail handelt als gemandateerde, moet ProRail de grondrechten in acht nemen. Het is in dat geval namelijk niet ProRail die op eigen naam als particulier handelt, maar het is de minister die *de iure* handelt, wiens handelen onverkort aan de grondrechten onderworpen is. Hetzelfde geldt in geval van volmacht of machtiging. Zie hierover § 2.4.3.
102 Zie § 10.2.2 en § 10.2.3.2.

zijn. Het springt in het oog dat de rechter soms impliciet het publieke belang lijkt te verkiezen boven andere belangen, maar dat is geen vast gegeven. Op grond van de rechtspraak kan dan ook niet met zekerheid worden gesteld dat de belangenafweging eerder in het voordeel van ProRail uitvalt vanwege de behartiging van het publieke belang in de vorm van het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur.

Congruentie tussen grondrechten en privaatrechtelijke normen
Het feit dat ProRail een publiek belang behartigt en over een machtspositie beschikt (vanwege het monopolie op het beheer van het spoorwegnet), kan voor de burgerlijke rechter aanleiding vormen om de open normen van het BW zo in te vullen dat die normen een vergelijkbare inhoud krijgen als de grondrechten.

10.4.3.2 EVRM

Verticale werking
Wanneer ProRail wordt bezien in het licht van de jurisprudentie van het EHRM – met name de criteria in het arrest *Woś/Polen*[103] – dan is goed verdedigbaar dat ProRail tot de overheid behoort en aldus in verticale zin aan het EVRM is gebonden. Verschillende factoren zijn daarvoor bepalend. Allereerst is van belang dat ProRail een publiek belang behartigt in de vorm van het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. Ten tweede kan de overheid toezicht en controle uitoefenen op ProRail via zowel de Spoorwegwet en de Beheersconcessie alsook via het aandeelhouderschap van de Staat. In de derde plaats wordt ProRail grotendeels uit publieke middelen gefinancierd en ten slotte kan de overheid, via het aandeelhouderschap van de staat, de leden van het bestuur van ProRail benoemen, schorsen en ontslaan.

Horizontale werking
Mocht ProRail niet in verticale zin gebonden zijn aan het EVRM, dan rijst de vraag in hoeverre het EVRM in horizontale zin van toepassing kan zijn. Het EVRM kan van invloed zijn op de (horizontale) verhouding tussen ProRail en een derde via de positieve verplichtingen van de staat dan wel via de betrokkenheid van de rechter bij een geschil tussen ProRail en een derde.[104] Voorts staat het de nationale rechter vrij om horizontale werking toe te kennen aan het EVRM. Dit kan zowel directe als indirecte horizontale werking zijn. Het is goed mogelijk dat de rechter ProRail direct aan het EVRM gebonden acht. Ik verwijs daarvoor naar hetgeen hiervoor is uiteengezet over de directe werking van de grondrechten uit de Grondwet.[105] Daarbij zij opgemerkt dat niet is uitgesloten dat ProRail, vanwege haar publieke taakbehartiging, in het algemeen relatief gemakkelijker aan de betrokken beperkingsclausules kan voldoen dan bijvoorbeeld pure commerciële ondernemingen. Een gerechtvaardigde inbreuk is namelijk vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is.

103 Zie § 10.3.2.3.
104 Zie daarover § 10.3.3.
105 § 10.4.3.1.

Ingeval van indirecte horizontale werking maakt de rechter een belangenafweging tussen de belangen van ProRail enerzijds en de belangen van een derde anderzijds. Op voorhand staat niet vast wat het resultaat van die belangenafweging zal zijn. In de literatuur wordt uit de rechtspraak inzake semipublieke instellingen voorzichtig afgeleid, dat hoe 'publieker' het botsende belang is waarbinnen de mensenrechtenschending plaatsvindt, hoe meer de rechter geneigd lijkt te zijn om bij de invulling van de open privaatrechtelijke normen nauwer bij de verdragstekst en de beperkingsclausules van de verdragsbepalingen aan te sluiten.[106] Voor ProRail zou dit kunnen betekenen dat de belangenafweging, in vergelijking met pure commerciële ondernemingen, eerder in haar voordeel uitvalt, omdat een gerechtvaardigde inbreuk vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is.

10.5 Conclusie

Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de grondrechten van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Uitgangspunt is dat de overheid in haar relatie tot de burger steeds is gebonden aan de grondrechten. De vraag is wat precies wordt verstaan onder 'overheid'. In het verlengde daarvan rijst de vraag in hoeverre semipublieke instellingen in dit verband als overheid kunnen worden aangemerkt. Het antwoord op die vraag is van belang voor de *werking* van grondrechten. Kan een semipublieke instelling worden aangemerkt als 'overheid', dan is sprake van verticale werking van grondrechten in de relatie met burgers. Wordt de semipublieke instelling daarentegen als particulier beschouwd, dan bestaat alleen nog de mogelijkheid van horizontale werking van grondrechten. Horizontale werking heeft betrekking op de toepassing van grondrechten in de relatie tussen burgers onderling. Het onderscheid tussen verticale en horizontale werking is van belang, omdat grondrechten in geval van verticale werking onverkort gelden en derhalve uitsluitend kunnen worden beperkt overeenkomstig de grondwettelijke beperkingssystematiek. Bij horizontale werking is dat meestal anders. In horizontale verhoudingen is veelal slechts ruimte voor een belangenafweging tussen het grondwettelijk beschermde belang enerzijds en een ander (grondwettelijk beschermd) belang anderzijds.

Ter beantwoording van de vraag in hoeverre de grondrechten van toepassing zijn op semipublieke instellingen is in dit hoofdstuk in het bijzonder ingegaan op de toepasselijkheid van de grondrechten uit de Grondwet en de grondrechten uit het EVRM. Daarbij is ingegaan op de verticale werking van grondrechten enerzijds en de horizontale werking van grondrechten anderzijds.

Grondwet

Aangenomen moet worden dat de grondrechten in ieder geval in *verticale* zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen die als *bestuursorgaan* kunnen worden

106 Zie § 10.3.3.

aangemerkt in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. De rechtspraak biedt verder weinig aanknopingspunten om de vraag te kunnen beantwoorden in hoeverre de grondrechten ook in verticale zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen die *niet* als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. Soms worden de grondrechten in zo'n geval direct door de rechter toegepast. De rechter legt in zijn uitspraken echter geen expliciet verband tussen de toetsing aan het betreffende grondrecht en het overheidskarakter van de betrokken semipublieke instelling. In het arrest inzake het Nederlands Congresgebouw wordt enig inzicht gegeven in de omstandigheden die de rechter relevant acht om tot toetsing aan artikel 1 Gw over te gaan, namelijk: het meerderheidsaandeel van de overheid en de hoeveelheid overheidscommissarissen (in casu: zes van de acht commissarissen zijn overheidscommissaris). Dit zijn puur *formele* (of: organisatorische) omstandigheden. Maar daarmee is nog niet gezegd dat het Congresgebouw tot de overheid wordt gerekend. Doordat het overheidskarakter van de betreffende semipublieke instellingen in het midden blijft, blijft eveneens in het midden of de rechter verticale werking dan wel directe horizontale werking van grondrechten aanneemt. Dat maakt op zichzelf ook niet uit: in beide gevallen past de rechter het grondrecht rechtstreeks toe inclusief de beperkingsclausule. Op grond hiervan kan mijns inziens de conclusie worden getrokken dat de rechter in een geval als het Nederlands Congresgebouw toch ten minste directe horizontale werking aanneemt.

Er zijn drie vormen te onderscheiden waarop grondrechten in *horizontale* zin van invloed kunnen zijn op het handelen van semipublieke instellingen. Er kan sprake zijn van directe dan wel indirecte horizontale werking, of het kan zo zijn dat de burgerlijke rechter de open normen van het van het BW zo invult, dat die normen *vergelijkbaar* zijn met de grondrechten, terwijl de rechter zich daar niet expliciet door laat leiden ('congruentie'). Privaatrechtelijke rechtsvinding leidt aldus tot bescherming van *waarden* die ook in de grondrechten tot uitdrukking komen. Uit de rechtspraak valt niet af te leiden waarom en in welke gevallen welke vorm van doorwerking de voorkeur verdient boven de andere. Doorgaans gaat de rechter casuïstisch te werk. De rechter heeft vooralsnog geen principiële overwegingen gewijd aan de vraag op welke wijze grondrechten zich verhouden tot het privaatrecht en in hoeverre zij daarop van invloed zijn.

Hoewel *directe* horizontale werking in het algemeen nauwelijks voorkomt,[107] blijkt uit de rechtspraak dat de rechter het handelen van semipublieke instellingen zo nu en dan direct aan de grondrechten toetst. In deze rechtspraak blijft evenwel in het midden of verticale dan wel directe horizontale werking van het betrokken grondrecht wordt aangenomen. Geconcludeerd kan worden dat dan toch tenminste sprake is van directe horizontale werking. Uit de jurisprudentie blijkt nauwelijks welke omstandigheden de rechter bepalend acht om tot directe toepassing over te gaan. In een arrest van het Hof Den Haag, inzake het Nederlands Congresgebouw, wordt daarin enig inzicht gegeven. Bepalend zijn *formele* (of: organisatorische) omstandigheden, namelijk: het meerderheidsaandeel van de overheid en de hoeveelheid overheidscommissarissen (in casu: zes van de acht commissarissen

107 Sommige auteurs betogen dat directe horizontale werking überhaupt niet voorkomt.

zijn overheidscommissaris). In de praktijk geeft de rechter in het algemeen de voorkeur aan *indirecte* horizontale werking. Daar zijn ook goede gronden voor, gelet op de kritiek die in de literatuur is gerezen tegen directe horizontale werking. Opmerkelijk is dat de rechter bij zijn belangenafweging soms het publieke belang lijkt te verkiezen boven andere belangen, maar daarin is geen vaste lijn te ontdekken. In de jurisprudentie waarin *congruentie* tussen grondrechten en privaatrechtelijke normen plaatsvindt, lijkt doorgaans bepalend te zijn dat door de betrokken semipublieke instelling het algemeen belang wordt behartigd. Een en ander betekent dat *materiële* criteria, zoals de behartiging van het publieke belang, een rol lijken te spelen bij de vraag naar horizontale werking van grondrechten.

EVRM

Het EVRM is blijkens artikel 1 EVRM in ieder geval *verticaal* van toepassing op de staat. Het antwoord op de vraag of ook semipublieke instellingen in verticale zin kunnen worden genormeerd door het EVRM is echter niet (direct) te vinden in artikel 1 EVRM. Aanknopingspunten daarvoor kunnen wel worden gevonden in de rechtspraak van het EHRM over: de reikwijdte van het klachtrecht (art. 34 lid 1 EVRM) en de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de staat. Aangenomen moet worden dat voor zover een semipublieke instelling door het Hof als overheid wordt beschouwd, dat met zich brengt dat die instelling in zoverre in verticale zin aan de normen van het EVRM gebonden is.

Semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als 'governmental organisation' in de zin van artikel 34 lid 1 EVRM vallen buiten het klachtrecht. Dergelijke instellingen zijn in verticale zin gebonden aan het EVRM. Het bepalende criterium is of de semipublieke instelling participeert in de uitoefening van overheidsbevoegdheden dan wel onder controle van de overheid een openbare dienst verricht. Ter vaststelling daarvan moet rekening worden gehouden met: haar juridische status en de rechten die daaraan verbonden zijn, de aard van de activiteiten die zij verricht en de context waarin dat gebeurt en, ten slotte, de mate van onafhankelijkheid van de politieke autoriteiten (*Radio France*-arrest). Bepalend is derhalve een mix van *materiële* en *formele* (of: organisatorische) omstandigheden. Het Hof geeft een ruime en autonome interpretatie van het begrip 'governmental organisations'. De rechtspraak van het Hof is op dit punt zeer casuistisch gebleken. Daardoor is het moeilijk na te gaan welke omstandigheden het Hof in een individueel geval precies doorslaggevend acht. De gedachte achter de ruime interpretatie van Hof is te voorkomen dat een verdragspartij zowel als klager en als verwerende partij kan optreden. Het is niet de bedoeling van het Verdrag de overheid tegen de overheid te beschermen.

Semipublieke instellingen waarvan het handelen tot de verantwoordelijkheid van de staat kan worden gerekend, zijn eveneens verticaal gebonden aan het EVRM. Uit het arrest *Woś/Polen* blijkt dat daarvan sprake is ingeval van cruciale overheidsinvloed op de betrokken private rechtspersoon. Ook hier gaat het om een combinatie van *materiële* en *formele* (of: organisatorische) omstandigheden die bepalend zijn. Daarnaast geeft het Hof hier eveneens een ruime en autonome interpretatie. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het hier om eenzelfde toets gaat als bij artikel 34 lid 1 EVRM. Niettemin lijkt het Hof in het kader van

het klachtrecht wat soepeler. De ratio van de ruime en autonome interpretatie van het Hof is gelegen in het mogelijk maken van een praktische en effectieve bescherming van de verdragsrechten. Wanneer de staat zijn verdragsverplichtingen in zekere zin heeft gedelegeerd aan een private instelling, doet dat niet af aan de verantwoordelijkheid van de staat. Anders zouden de verdragsstaten hun verplichtingen onder het EVRM kunnen omzeilen door overheidstaken over te dragen aan private entiteiten. Voor de vraag onder welke omstandigheden de Staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van een semipublieke instelling, is het overigens niet altijd nodig om na te gaan in hoeverre de semipublieke instelling tot de overheid kan worden gerekend. De vraag naar de reikwijdte van het overheidsbegrip kan in dit verband dikwijls worden omzeild door staatsaansprakelijkheid te construeren via het leerstuk van de positieve verplichtingen of de aansprakelijkheid van de rechter voor de juiste toepassing van het EVRM (horizontale werking).

Hoewel aan het EVRM in principe geen *horizontale* werking toekomt, kunnen de daarin opgenomen mensenrechten wel van invloed zijn op horizontale verhoudingen. Dit kan via de band van de positieve verplichtingen, dan wel via de betrokkenheid van de rechter bij een geschil tussen particulieren. In het kader van de positieve verplichtingen is wel rechtspraak aan te wijzen waarin het behartigen van een publiek belang door een semipublieke instelling een bepalende factor lijkt te zijn om schending van een verdragsrecht door een dergelijke instelling aan de staat toe te rekenen (*Castello-Robberts/VK*). Of de behartiging van een publiek belang, een *materieel* criterium, in dat verband daadwerkelijk een rol van betekenis heeft, kan evenwel niet met zekerheid worden gezegd.

Verder staat het de nationale rechter vrij om horizontale werking toe te kennen aan de verdragsbepalingen van het EVRM. Ten aanzien van *directe* horizontale werking van EVRM rechten kan worden geconstateerd dat semipublieke instellingen, in vergelijking met andere privaatrechtelijke rechtspersonen, relatief gemakkelijker aan de betrokken beperkingsclausule kunnen voldoen, omdat een gerechtvaardigde inbreuk op een verdragsrecht vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is. Gaat het om *indirecte* horizontale werking, dan wordt in de literatuur uit de rechtspraak voorzichtig afgeleid, dat hoe 'publieker' het botsende belang is waarbinnen de mensenrechtenschending plaatsvindt, hoe meer de rechter geneigd lijkt te zijn om bij de invulling van de open privaatrechtelijke normen nauwer bij de verdragstekst en de beperkingsclausules aan te sluiten. Daardoor is het verschil met directe horizontale werking niet groot. Het gevolg is dat de belangenafweging dikwijls uitvalt in het voordeel van de betrokken semipublieke instelling, omdat een gerechtvaardigde inbreuk vaak slechts om redenen van algemeen belang mogelijk is. Dit betekent dat ook in de context van het EVRM *materiële* criteria, zoals de behartiging van het publieke belang, een rol lijken te spelen bij de vraag naar horizontale werking van grondrechten.

Rode draad: woningcorporaties (toegelaten instellingen) en ProRail

Ten slotte is bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de grondrechten van toepassing zijn op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Voor zowel

woningcorporaties als ProRail kan geconcludeerd worden dat zij direct gebonden zijn aan de grondrechten (zowel grondrechten uit de Grondwet als EVRM).[108]

108 Voor woningcorporaties lijkt te gelden dat zij niet in verticale zin aan het EVRM gebonden zijn, maar dat het EVRM wel directe horizontale toepassing vindt.

Hoofdstuk 11 Aanbestedingsrecht

11.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de Europese aanbestedingsregels van toepassing zijn op semipublieke instellingen.[1] De Europese aanbestedingsregels hebben als doel het opheffen van belemmeringen van het vrije verkeer van diensten en goederen en beogen aldus de belangen te beschermen van marktdeelnemers die goederen of diensten aanbieden buiten hun eigen lidstaat.[2] Of een semipublieke instelling onderworpen is aan de Europese aanbestedingsregels hangt af van het antwoord op de vraag in hoeverre een dergelijke instelling kan worden aangemerkt als *aanbestedende dienst* in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Het gaat hier om de Richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: Algemene aanbestedingsrichtlijn) en de Richtlijn houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna: Richtlijn Nutssectoren).[3] Laatstgenoemde richtlijn is niet alleen van toepassing op aanbestedende diensten, maar ook op *overheidsbedrijven* en *bedrijven met bijzondere of uitsluitende rechten*. De Richtlijn Nutssectoren is alleen van toepassing op dergelijke entiteiten als zij werkzaam zijn in een speciale sector, waaronder energie, drinkwatervoorziening, openbaar vervoer, postdiensten, aardolie, gas en vaste brandstoffen, havens en luchthavens.

De vraag in hoeverre een semipublieke instelling onder de Algemene aanbestedingsrichtlijn valt dan wel onder de Richtlijn Nutssectoren, is om twee redenen van belang. Ten eerste zijn de drempelwaarden voor leveringen en diensten bij toepassing van de Algemene aanbestedingsrichtlijn lager dan bij de Richtlijn

1 Het is mij hier alleen te doen om de *subjectieve* werkingssfeer. Buiten beschouwing blijven daarom de objectieve werkingssfeer, de drempelwaarden en de uitzonderingen op de werkingssfeer.

2 Zie (o.a.) HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, r.o. 41- 43.

3 Richtlijn nr. 2004/18/EG respectievelijk Richtlijn nr. 2004/17/EG. Vlak na de afronding van dit onderzoek zijn deze richtlijnen vervangen door de nieuwe Richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (2014/24/EU), de Richtlijn betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (2014/25/EU) en de Richtlijn betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (2014/23/EU). De gevolgen die deze nieuwe richtlijnen hebben voor het aanbestedingsrecht zijn nog niet volledig te overzien. Bovendien zal de implementatie in het Nederlandse recht de nodige tijd in beslag nemen. Daarom is er voor gekozen uit te gaan van de stand van het recht op 31 december 2013 (zie ook § 1.10). Dat wil zeggen dat de vraag in hoeverre semipublieke instellingen aanbestedingsplichtig zijn, wordt beantwoord aan de hand van Richtlijn nr. 2004/18/EG en Richtlijn nr. 2004/17/EG. Daarbij zal daar waar relevant wel verwezen worden naar de nieuwe richtlijnen.

Nutssectoren.[4] Dit betekent dat men onder de Algemene aanbestedingsrichtlijn eerder aanbestedingsplichtig is. Ten tweede is er een verschil met betrekking tot de te kiezen aanbestedingsprocedures.[5] Bij aanbesteding van een opdracht onder de Algemene aanbestedingsrichtlijn heeft de aanbesteder in beginsel de keuze tussen een openbare procedure en een niet-openbare procedure. De procedure voor gunning via onderhandelingen is onder de Algemene aanbestedingsrichtlijn alleen toegestaan in een beperkt aantal omstandigheden.[6] In geval van aanbesteding onder de Richtlijn Nutssectoren heeft de aanbesteder meer keuzevrijheid, omdat hij vrij is om te kiezen uit de openbare procedure, de niet-openbare procedure én de procedure van gunning via onderhandelingen.[7] Kortom, de opdrachten waarop de Richtlijn Nutssectoren van toepassing is, zijn aan een soepeler regime onderworpen dan de opdrachten die vallen onder de Algemene aanbestedingsrichtlijn.

Buiten beschouwing blijft in dit hoofdstuk het vraagstuk van 'quasi-inbesteding' waarbij een uitzondering geldt op de aanbestedingsplicht voor de overheid als zij toezicht houdt op een private instelling als op haar eigen diensten en deze instelling het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de overheid die haar beheerst. De 'bruidsschatproblematiek' wordt ook buiten beschouwing gelaten. Het gaat hier om de vraag of het aanbestedingsrecht van toepassing is op een opdracht die wordt verleend in het kader van een verzelfstandigings- of privatiseringsoperatie om de levensvatbaarheid van de verzelfstandigde of geprivatiseerde instelling te verzekeren. Hoewel de bruidsschatproblematiek en quasi-inbesteding relevant zijn met het oog op de afbakening van het overheidsbegrip in de context van het aanbestedingsrecht, blijven deze onderwerpen buiten beschouwing, omdat zij niet zozeer betrekking hebben op de normering van de betrokken private instelling als zodanig, maar op de toepasselijkheid van de aanbestedingsregels op de opdrachtverlenende overheid.[8]

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de begrippen aanbestedende dienst en publiekrechtelijke instelling (§ 11.2), overheidsbedrijf (§ 11.3) en bedrijf met bijzondere of uitsluitende rechten (§ 11.4). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen in het nationale recht (§ 11.5). Ten slotte wordt, bij wijze van voorbeeld, nagegaan in hoeverre de aanbestedingsregels van toepassing zijn op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail (§ 11.6). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 11.7).

4 Verordening (EU) nr. 1336/2013 van 13 december 2013. Zie ook Essers 2006, p. 99-100. Voor werken is het drempelbedrag gelijk.

5 Zie Essers 2006, p. 120-121.

6 Art. 28 e.v. Richtlijn nr. 2004/18/EG.

7 Art. 40 lid 2 Richtlijn nr. 2004/17/EG.

8 Zie over quasi-inbesteding en de bruidsschatproblematiek onder anderen Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 113-122.

11.2 Aanbestedende dienst en publiekrechtelijke instelling

11.2.1 Inleiding

Of de Europese aanbestedingsregels van toepassing zijn op semipublieke instellingen hangt af van het antwoord op de vraag in hoeverre een dergelijke instelling kan worden aangemerkt als *aanbestedende dienst* in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Volgens deze richtlijnen wordt onder een aanbestedende dienst verstaan:

> 'de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.'[9]

Naar Nederlands recht kan bij de staat worden gedacht aan de Rijksoverheid, waaronder de ministeries, de rijksdiensten en de Staten-Generaal. De territoriale lichamen omvatten bijvoorbeeld de provincies, gemeenten en de waterschappen.[10] Semipublieke instellingen kunnen een aanbestedende dienst zijn als zij kunnen worden aangemerkt als *publiekrechtelijke instelling*.[11] Dit begrip wordt in artikel 1 lid 9 van Richtlijn nr. 2004/18/EG als volgt gedefinieerd:

> 'iedere instelling:
> a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
> b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en
> c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.'[12]

---

9 Zie art. 1 lid 9 van Richtlijn nr. 2004/18/EG en art. 2 lid 1 aanhef en onder a van Richtlijn nr. 2004/17/EG. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen hanteren een iets andere omschrijving: 'de staats-, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit een of meer van deze overheidsinstanties of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.' Zie art. 2 lid 1 onder 1 van Richtlijn nr. 2014/24/EU en art. 3 lid 1 van Richtlijn nr. 2014/25/EU.

10 Zie hierover Essers 2013, p. 84-85.

11 Het verdient opmerking dat het gebruik van het begrip publiekrechtelijke instelling niet alleen is beperkt tot het aanbestedingsrecht. Zo wordt het ook gebruikt in de context van het dataprotectierecht en functioneert het daarbij ter afbakening van de Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie (2003/98/EG). Er tekent zich derhalve een beginnende harmonisatie af op regelgevend niveau van het begrip publiekrechtelijke instelling, aldus Steyger 2007, p. 10.

12 De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen hanteren een iets andere omschrijving. Publiekrechtelijke instellingen worden in artikel 2 lid 1 onder 4 van Richtlijn nr. 2014/24/EU gedefinieerd als instellingen die voldoen aan de volgende kenmerken:

Hierna wordt allereerst ingegaan op de achtergrond van het begrip publiekrechtelijke instelling. Vervolgens komen de criteria aan bod die het begrip publiekrechtelijke instelling afbakenen. Daarna komt de vraag aan de orde of een (hybride) semipublieke instelling, die op grond van een deel van haar activiteiten als publiekrechtelijke instelling wordt gekwalificeerd, al dan niet voor *al* haar activiteiten onderworpen is aan het aanbestedingsrecht. Met andere woorden: de vraag is of al dan niet een voor zover-benadering wordt gehanteerd. Ten slotte wordt kort ingegaan op de categorie aanbestedende diensten die bestaat uit de 'verenigingen gevormd door de staat, een of meer territoriale lichamen en/of een of meer publiekrechtelijke instellingen'. De reden daarvoor is dat niet is uitgesloten dat semipublieke instellingen als een dergelijke vereniging kunnen worden gekwalificeerd. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten, waarvan kort gezegd alleen gemeenten lid zijn, als aan aanbestedende dienst kan worden aangemerkt en derhalve is onderworpen aan de Europese aanbestedingsregels.

11.2.2 Achtergrond[13]

Het begrip 'publiekrechtelijke instelling' is voortgekomen uit de overheidsbegrippen die werden gebruikt in de verschillende aanbestedingsrichtlijnen die sinds de jaren 1970 de aanbesteding van overheidsopdrachten reguleren. De eerste generatie richtlijnen die golden in de periode 1970-1992, waren de zogenaamde liberalisatierichtlijnen[14] en coördinatierichtlijnen.[15] Het doel van deze richtlijnen was het openbreken van de markt voor overheidsopdrachten. Op grond van de richtlijnen was het verboden discriminerende maatregelen te nemen. De toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen werd gekoppeld aan het overheidsbegrip *aanbestedende dienst*. In de coördinatierichtlijn voor werken, Richtlijn nr. 71/305/EEG, werd in artikel 1 aanhef en onder b onder het begrip aanbestedende dienst verstaan: *de Staat, zijn territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen welke in bijlage I zijn opgesomd*. De instellingen die behoorden tot de categorie 'publiekrechtelijke rechtspersonen' was *limitatief* opgesomd in bijlage I van de richtlijn. Gelet op het doel van de richtlijn achtte het Hof van Justitie de definitie van het begrip aanbestedende dienst te smal. In de zaak *Beentjes*[16] heeft het Hof daarom een *functionele uitleg* gegeven aan de term aanbestedende dienst:

'a) zij zijn opgericht voor het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard;
b) zij bezitten rechtspersoonlijkheid; en
c) zij worden merendeels door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke lichamen gefinancierd; of hun beheer staat onder toezicht van deze instanties of lichamen; of zij hebben een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan waarvan de leden voor meer dan de helft door de staat, de regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.'

13 Noë 2003, p. 314-315; Steyger 2007, p. 11-12; Essers 2013, p. 37-42.

14 Richtlijn nr. 70/32/EEG voor leveringen (*PbEG* 1070, L13) en Richtlijn nr. 71/304/EEG voor werken (*PbEG* 1971, L185).

15 Richtlijn nr. 77/62/EEG voor leveringen en Richtlijn nr. 71/305/EEG voor werken.

16 HvJ EG 20 september 1988, 31/87, r.o. 11-12.

> 'Voor de toepassing van deze bepaling moet aan het begrip "staat" een functionele uitlegging worden gegeven. Het doel van de richtlijn – de verwezenlijking van een daadwerkelijke vrijheid van vestiging en dienstverrichting op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – zou immers in gevaar komen indien zij moest worden geacht niet van toepassing te zijn enkel omdat het werk wordt gegund door een lichaam dat, hoewel in het leven geroepen om bij de wet opgedragen taken uit te voeren, formeel geen deel uitmaakt van de overheidsadministratie.
> Bijgevolg moet een lichaam als het onderhavige [de plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling; NJ], waarvan samenstelling en taak bij de wet zijn geregeld en dat afhankelijk is van de overheid in zoverre deze de leden ervan benoemt, de nakoming van de uit zijn handelingen voortvloeiende verplichtingen garandeert en de door dat lichaam in uitvoering gegeven openbare werken financiert, worden geacht te behoren tot de staat in de zin van voornoemde bepaling, zelfs indien het er formeel geen deel van uitmaakt.'

Vanaf 1993 zijn de coördinatierichtlijnen vervangen door de oude Richtlijn nr. 93/37/EEG voor werken en de oude Richtlijn nr. 93/36/EEG voor leveringen. Ook werden twee nieuwe aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld. Het ging om Richtlijn nr. 92/50/EEG inzake diensten en Richtlijn nr. 93/38/EEG inzake nutssectoren. In de richtlijnen voor werken, leveringen en diensten werden als aanbestedende dienst beschouwd: de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen. Het begrip *publiekrechtelijke instelling* werd hier dus geïntroduceerd.[17] De categorie 'publiekrechtelijke rechtspersonen' die was gekoppeld aan een gesloten systeem met limitatieve lijsten is verdwenen. Dit is een belangrijk omslagpunt. Het begrip publiekrechtelijke instelling is sindsdien algemeen gedefinieerd en wordt ingekleurd aan de hand van een open systeem van *indicatieve* lijsten.[18] Hierdoor kregen de aanbestedingsrichtlijnen een beduidend breder bereik.

De vier 'oude' aanbestedingsrichtlijnen zijn vanaf 1 december 2005 vervangen door de Algemene aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG) en de Richtlijn Nutssectoren (2004/17/EG). De term publiekrechtelijke instelling zoals gedefinieerd in de oude aanbestedingsrichtlijnen is ongewijzigd overgenomen in deze aanbestedingsrichtlijnen.

Zoals gezegd, zijn deze richtlijnen vlak na de afronding van dit onderzoek vervangen door de nieuwe Richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (2014/24/EU) en de Richtlijn betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (2014/25/EU).[19] De gevolgen die deze nieuwe richtlijnen hebben voor het aanbestedingsrecht zijn nog

17 In Richtlijn nr. 93/38/EEG inzake nutssectoren werd in de Nederlandse tekst bij de omschrijving van 'overheidsdiensten' niet het begrip 'publiekrechtelijke instelling', maar de term 'publiekrechtelijk lichaam' gebruikt. De invulling van het begrip is verder wel hetzelfde.

18 Dat de lijsten slechts een indicatieve waarde hebben werd bevestigd in HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Truley*), r.o. 39. Zie ook HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 18.

19 Daarnaast is ook de Richtlijn betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten in het leven geroepen (Richtlijn nr. 2014/23/EU).

niet volledig te overzien. Bovendien zal de implementatie in het Nederlandse recht de nodige tijd in beslag nemen. Daarom is er, als eerder vermeld, voor gekozen uit te gaan van de stand van het recht op 31 december 2013.[20] Dat wil zeggen, dat de vraag in hoeverre semipublieke instellingen aanbestedingsplichtig zijn, wordt beantwoord aan de hand van Richtlijn nr. 2004/18/EG en Richtlijn nr. 2004/17/EG. Daarbij zal daar waar relevant wel verwezen worden naar de nieuwe richtlijnen.

De definitie van de begrippen 'aanbestedende dienst' en 'publiekrechtelijke instelling' uit Richtlijn nr. 2004/18/EG en Richtlijn nr. 2004/17/EG zijn nagenoeg ongewijzigd overgenomen in de nieuwe richtlijnen. Het is daarbij van belang te vermelden dat de nieuwe aanbestedingsregels ten aanzien van de afbakening van de subjectieve werkingssfeer van de aanbestedingsregels geen wijziging beogen aan te brengen. Het is blijkens de considerans van de nieuwe richtlijnen de bedoeling dat het toepassingsgebied van de richtlijnen *ratione personae* ongewijzigd blijft. Wel wordt met het oog op een goed begrip van de definities van voor dit onderzoek relevante begrippen als 'aanbestedende dienst' en 'publiekrechtelijke instelling' een aantal verduidelijkingen uit de rechtspraak opgenomen. Die zullen hierna ook aan bod komen. Het is blijkens de considerans echter niet de bedoeling dat de interpretatie van de in de rechtspraak uitgewerkte concepten wordt veranderd. Dit betekent dat de jurisprudentie die het Hof van Justitie in de afgelopen decennia heeft gewezen over kernbegrippen als 'aanbestedende dienst' en 'publiekrechtelijke instelling' – begrippen die in deze paragraaf uitgebreid worden geanalyseerd – van betekenis blijft voor de interpretatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.[21]

11.2.3 Criteria[22]

11.2.3.1 Algemeen

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag aan de hand van welke criteria wordt bepaald wanneer sprake is van een publiekrechtelijke instelling en op welke wijze die criteria in de jurisprudentie van het Hof van Justitie worden ingevuld. Alvorens daarop in te gaan moet worden vermeld dat de aanbestedingsrichtlijnen lijsten hanteren waarop verschillende aanbestedende diensten en publiekrechtelijke instellingen worden genoemd. De Richtlijn Nutssectoren (2004/17/EG) hanteert in bijlagen I tot en met X niet-limitatieve lijsten van instellingen die tot de aanbestedende dienst worden gerekend. In de Algemene aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG) is alleen een niet-limitatieve lijst opgenomen van publiekrechtelijke instellingen (bijlage III). Het enkele feit dat een instelling in de lijst wordt vermeld, neemt niet weg dat de nationale rechter aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag kan stellen om de geldigheid van het opnemen van de aanbesteder in de bijlage te toetsen aan de materiële criteria die de term publiekrechtelijke instelling

20 Zie ook § 1.10.

21 Richtlijn nr. 2014/24/EU, considerans nr. 10; Richtlijn nr. 2014/25/EU, considerans nr. 12.

22 Deze paragraaf vormt een bewerking van een eerdere publicatie van mij en Zijlstra. Zie Jak & Zijlstra 2011, p. 206-211.

omlijnen.[23] Komt een instelling *niet* op de lijst voor dan betekent dat niet dat geen sprake is van een publiekrechtelijke instelling. De lijsten zijn immers niet-limitatief. In dat geval moet feitelijk en rechtens worden nagegaan of de instelling voldoet aan de materiële criteria van het begrip publiekrechtelijke instelling.[24] Het zij opgemerkt dat onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen geen sprake meer is van het gebruik van dergelijke (niet-limitatieve) lijsten.

Wil een instelling worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling, dan moet aan drie *cumulatieve criteria* zijn voldaan.[25] De gezichtspunten die het derde criterium bepalen, zijn blijkens de bewoordingen van de tekst *niet cumulatief*. Het moet gaan om een instelling:

1. die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
2. die rechtspersoonlijkheid bezit; en
3. waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Het begrip publiekrechtelijke instelling dient autonoom, dat wil zeggen: los van de uitleg van de lidstaten, en eenvormig door het Hof te worden uitgelegd.[26] Die uitleg is voorts *functioneel* van aard. Dit betekent dat bij het bepalen van de reikwijdte van het begrip steeds rekening moet worden gehouden met de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen. Het doel van de Europese aanbestedingsregels is het opheffen van belemmeringen van het vrije verkeer van diensten en goederen en dus om de belangen te beschermen van marktdeelnemers die goederen of diensten aanbieden buiten hun eigen lidstaat. De aanbestedingsregels strekken er aldus toe het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Tevens dienen de regels ertoe te voorkomen dat een aanbestedende dienst zich door andere dan economische overwegingen laat leiden.[27] Dit brengt met zich dat het begrip publiekrechtelijke instelling ruim moet worden opgevat.[28]

---

23 Essers 2013, p. 86 onder verwijzing naar HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07 (*Oymanns/AOK*), r.o. 44-47. Zie ook HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 18.

24 HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Truley*), r.o. 39 en 44.

25 Dat de criteria cumulatief zijn is bevestigd in HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 21.

26 HvJ EG 13 januari 2005, C-84/03, r.o. 27.

27 Zie (o.a.) HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, r.o. 41- 43. Zie voor de functionele uitlegging ook HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 21.

28 Zie (o.a.) HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00, r.o. 53. Maar de functionele uitlegging kan niet onbegrensd zijn. Zie Heemskerk & Braat 2010, p. 785 onder verwijzing naar de conclusie van A-G Mengozzi van 17 november 2009, C-451/08 in de zaak *Helmut Müller GmbH tegen Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

Hieronder wordt besproken hoe het Hof invulling heeft gegeven aan de hierboven genoemde criteria die het begrip publiekrechtelijke instelling omlijnen. Bedacht moet worden dat de bespreking geen zekerheden verschaft; het Hof van Justitie gaat bij de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling immers zeer casuïstisch te werk.

11.2.3.2 Opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof is (in algemene zin) sprake van behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, wanneer het gaat om behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de staat bovendien om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.[29]

Niet wordt vereist dat de instelling reeds vanaf de oprichting algemene belangen van andere dan industriële of commerciële aard behartigt. Als de instelling op een later tijdstip met de behartiging van deze belangen is belast, dan is zij vanaf dat moment een publiekrechtelijke instelling. Om de nuttige werking van de aanbestedingsregels te garanderen, moet volgens het Hof steeds worden uitgegaan van de activiteiten die de instelling daadwerkelijk uitoefent.[30] Daarnaast doet niet ter zake of de instelling naast het voorzien in behoeften van algemeen belang ook andere activiteiten verricht. Zelfs wanneer slechts een klein deel van de activiteiten van de instelling de behartiging van algemene belangen anders dan van industriële of commerciële aard bedraagt, wordt de instelling nog steeds als publiekrechtelijke instelling beschouwd.[31]

De vraag is wat precies wordt verstaan onder *behoeften van algemeen belang*. De casuïstische insteek van het Hof maakt het moeilijk op dit punt algemene lijnen te trekken. In de zaken *Agorà en Excelsior* oordeelde het Hof dat de organisator van jaarbeurzen en tentoonstellingen voorziet in behoeften van algemeen belang, omdat aan consumenten die deze evenementen bezoeken consumenteninformatie wordt verschaft, waardoor zij onder optimale omstandigheden hun keuze kunnen maken. De impuls die van genoemde evenementen uitgaat voor de handel, betreft het algemeen belang aldus het Hof.[32] Relevant achtte het Hof dus het feit dat consumenteninformatie werd verschaft. Het arrest *Korhonen* betrof een private rechtspersoon die zich bezig hield met de bouw van een technologiecentrum dat ter beschikking zou worden gesteld aan technologie-ondernemingen. Hierdoor werd volgens het Hof voorzien in behoeften van algemeen belang, omdat niet alleen de betrokken ondernemingen er de vruchten van zouden plukken, maar ook de stad. Het technologie-centrum draagt immers bij aan de *handel en economische*

29 Zie o.a. HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 47.
30 HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale Bau*), r.o. 56-57.
31 HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 25.
32 HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99.

en sociale ontwikkeling van de stad.[33] In zaken betreffende het ophalen van huisvuil en lijkbezorging kent het Hof onder andere betekenis toe aan *volksgezondheidsaspecten* om tot een behoefte van algemeen belang te concluderen.[34]

In voornoemde zaken wordt steeds *rechtstreeks* aan de burger in de behoeften voorzien. Maar ook wanneer *indirect* een bijdrage wordt geleverd aan het voorzien in behoeften van algemeen belang, kan deze ondersteunende activiteit soms zelf als behoefte van algemeen belang worden gezien. Een voorbeeld is de *SIEPSA* zaak. SIEPSA is een private onderneming die activiteiten uitvoert die noodzakelijk zijn voor de bouw, het beheer en de verkoop van penitentiaire gebouwen. Volgens het Hof ging het hier om het voorzien in behoeften van algemeen belang, omdat de activiteiten een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de uitoefening van de bestraffingsbevoegdheid van de staat en daardoor inherent verbonden zijn met het belang van de openbare orde.[35]

Staat eenmaal vast dat wordt voorzien in behoeften van algemeen belang, dan kan de vraag worden beantwoord of die behoeften *al dan niet van industriële dan wel commerciële aard* zijn. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof is daarvan sprake wanneer het gaat om behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de Staat bovendien om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.[36] Van belang zijn 'alle relevante gegevens, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is.'[37] In het arrest *Korhonen* oordeelde het Hof dat het niet waarschijnlijk is dat wordt voorzien in belangen van andere dan industriële of commerciële aard, indien de instelling onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt.[38] Hieruit kan *a contrario* worden afgeleid dat waarschijnlijk wel sprake zal zijn van de behartiging van algemene belangen van andere dan industriële of commerciële aard, wanneer de betreffende instelling *niet* onder normale marktvoorwaarden actief is, *geen* winst nastreeft en de met de activiteit verbonden verliezen *wel* draagt. Dit is bevestigd in het arrest *Commissie/Spanje*.[39] In dit arrest geeft het Hof aan dat de aanwezigheid

33 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 41-45.

34 Steyger 2007a, p. 383 onder verwijzing naar HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*) en HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Truley*).

35 HvJ EG 7 november 2002, C-283/00 (*SIEPSA*), r.o. 85. Zie over het onderscheid tussen direct en indirect voorzien in behoeften van algemeen belang Arrowsmith 2004, p. 75.

36 Zie o.a. HvJ EG 22 mei 2003, nr. C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 47.

37 HvJ EG 22 mei 2003, nr. C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 48.

38 HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 51. Dit is verdisconteerd in de considerans van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Daarin is bepaald 'dat een instelling die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft, en de verliezen draagt die voortvloeien uit haar activiteiten, niet als een "publiekrechtelijke instelling" mag worden beschouwd, aangezien de behoeften van algemeen belang – en zij is nu juist opgericht of heeft tot taak gekregen in die behoeften te voorzien – kunnen worden geacht een industrieel of commercieel karakter te hebben.' Zie Richtlijn nr. 2014/24/EU, considerans nr. 10; Richtlijn nr. 2014/25/EU, considerans nr. 12.

39 HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, r.o. 81.

van behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard met name afhankelijk is van de volgende vier factoren:

– het ontbreken van mededinging op de markt;
– het niet hoofdzakelijk hebben van een winstoogmerk;
– het niet dragen van de met de activiteit verbonden risico's; alsook
– het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen.

Onder *het ontbreken van mededinging op de markt* moet worden verstaan: de afwezigheid van 'effectieve concurrentie'.[40] De afwezigheid van concurrentie is een belangrijke *indicator* dat sprake is van activiteiten die niet van industriële of commerciële aard zijn.[41] Aan de andere kant vormt de *aanwezigheid* van concurrentie weer een belangrijke aanwijzing dat wel sprake is van activiteiten van industriële of commerciële aard. Ook hier is slechts sprake van een *aanwijzing*: het Hof acht niet uitgesloten dat een instelling zich bij gunning in een situatie van concurrentie mogelijk laat leiden door andere dan economische overwegingen.[42] Derhalve kunnen ook ondernemingen in de zin van art. 101, 102 en 106 VWEU aanbestedingsplichtig zijn.[43]

Het *hoofdzakelijk ontbreken van winstoogmerk* is een materieel criterium. Als het maken van winst formeel wel, maar feitelijk niet het voornaamste doel is van een instelling, dan moet worden geoordeeld dat winstoogmerk (materieel) ontbreekt.[44]

Ook de vraag naar het *niet dragen van de met de activiteit verbonden risico's* moet materieel worden benaderd. Indien een instelling in beginsel haar eigen (financiële) risico's draagt, maar bijvoorbeeld tevens duidelijk is dat de overheid zal ingrijpen als de instelling failliet dreigt te gaan, kan niet worden gezegd dat de instelling zelf de economische risico's draagt.[45] Arrowsmith wijst erop dat dit een moeilijk te hanteren criterium is. Niet duidelijk is immers in welke mate de instelling haar economische risico's moet dragen. En hoe kan worden vastgesteld of de instelling niet zelf de risico's zal dragen? Arrowsmith doet de suggestie daartoe te bezien of de overheid eerder bij de instelling heeft ingegrepen.[46]

Ten slotte vormt ook *overheidsfinanciering* van de betrokken activiteit een indicatie voor de aanwezigheid van andere dan industriële of commerciële activiteiten.

De *ratio* van de genoemde elementen houdt verband met de doelstelling van de aanbestedingsregels. De aanwezigheid van de vier factoren hebben namelijk tot gevolg dat een instelling bij het verlenen van opdrachten door niet-economische

40 Noë 2003, p. 319 l.k.; Van Romburgh 2005, p. 110.
41 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06 (*Ing. Aigner*), r.o. 43-46.
42 HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*), r.o. 43.
43 Voor het zijn van onderneming is bepalend of economisch activiteiten worden verricht. Een aanwijzing daarvoor is concurrentie. Zie over het begrip onderneming § 12.2.
44 Zie Noë 2003, p. 119, l.k. en Van Romburgh 2005, p. 110 onder verwijzing naar HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 88-90.
45 Zie Noë 2003, p. 119, l.k. en Van Romburgh 2005, p. 110 onder verwijzing naar HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 91.
46 Arrowsmith 2004, p. 78; Vergelijk ook Van Romburgh 2005, p. 110-111.

overwegingen kan worden gestuurd. De aanbestedingsregels beogen dit juist te voorkomen.[47]

11.2.3.3 Rechtspersoonlijkheid[48]

De tweede voorwaarde om te kunnen spreken van een publiekrechtelijke instelling is dat de betreffende instelling rechtspersoonlijkheid bezit. Het nationale recht is daarvoor bepalend. Het kan gaan om publiekrechtelijke rechtspersonen, maar ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen een publiekrechtelijke instelling zijn in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.

Als een instelling geen rechtspersoonlijkheid bezit, kan een functionele uitlegging van het begrip publiekrechtelijke instelling met zich brengen dat de instelling toch onderworpen is aan dezelfde regels die gelden voor een publiekrechtelijke instelling. In de zaak *Beentjes* ging het om de commissie ruilverkaveling, een lichaam zonder rechtspersoonlijkheid dat formeel geen onderdeel was van de staat. Toch bracht de functionele uitlegging van de aanbestedingsregels volgens het Hof met zich dat de commissie geacht wordt deel uit te maken van de staat, waardoor zij aan de regels van aanbesteding is onderworpen. Het Hof kwam tot zijn oordeel op grond van de overweging dat de samenstelling en taak van de commissie bij de wet zijn geregeld en de commissie afhankelijk is van de overheid in zoverre deze de leden van de commissie benoemt, de nakoming van de uit zijn handelingen voortvloeiende verplichtingen garandeert en de door de commissie in uitvoering gegeven openbare werken financiert.[49]

11.2.3.4 Financiering, beheer onderworpen aan toezicht of aanwijzing leden organen rechtspersoon

Ten slotte vereist de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling dat de activiteiten van de betreffende instelling in hoofdzaak door de overheid[50] worden gefinancierd, dan wel dat het beheer onderworpen is aan overheidstoezicht, ofwel dat de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan van de instelling voor meer dan de helft door de overheid worden aangewezen. Deze drie criteria weerspiegelen ieder de *sterke afhankelijkheid* van de instelling van de overheid.[51] De *gedachte* achter deze drie criteria houdt verband met de nuttige werking van de aanbestedingsregels. Wanneer een instelling een sterke afhankelijkheidsrelatie heeft met de overheid, wordt het handelen van de instelling bij het verlenen van opdrachten overwegend beïnvloed door de overheid. Daardoor bestaat het risico dat de instelling zich laat leiden door andere dan economische

47 Noë 2003, p. 319.

48 Noë 2003, p. 315; Van Romburgh 2005, p. 111.

49 HvJ EG 20 september 1988, 31/87, r.o. 12. Vergelijk ook HvJ EG 17 december 1998, C-306/97 (*Connemara*).

50 Ik spreek hier voor het gemak van 'overheid'. De richtlijnen hanteren hier de termen: de staat, territoriale lichamen van de staat of andere publiekrechtelijke instellingen.

51 HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*University of Cambridge*), r.o. 20; HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 20.

overwegingen. Om dat tegen te gaan zijn de aanbestedingsregels van toepassing op entiteiten die in sterke mate afhankelijk van de overheid zijn.[52]

Bij *overheidsfinanciering*[53] gaat het er erom dat een bepaalde ondergeschiktheids- of onafhankelijkheidsrelatie ontstaat. Niet alle betalingen door de overheid aan een instelling hebben dat tot gevolg: bepalend is of de activiteiten van de instelling financieel worden gesteund zonder dat daar een *specifieke tegenprestatie* tegenover staat.[54] Dit is bijvoorbeeld niet het geval indien de betaalde vergoedingen de tegenprestatie voor contractuele prestaties vormen. Er is dan immers sprake van een normale commerciële relatie waarin partijen vrijelijk met elkaar kunnen onderhandelen.[55] Niet is vereist dat de financiering door de overheid tot gevolg heeft dat zij daadwerkelijk invloed uitoefent op het aanbestedingsbeleid van de betreffende instelling.[56] Ook is niet vereist dat de activiteiten direct worden gefinancierd door de overheid. *Indirecte* financiering is ook mogelijk, zo blijkt uit het arrest *Bayerischer Rundfunk*.[57] In dit arrest ging het om Duitse publieke omroepen die voor meer dan de helft werden gefinancierd uit omroepbijdragen door burgers. De omroepbijdragen moesten worden betaald wegens het bezit van een ontvangsttoestel. De hoogte van de bijdrage werd vastgesteld door de regeringen van de Duitse deelstaten. De omroepen konden de omroepbijdrage zelf innen; tussenkomst van de overheid was niet nodig. De omroepbijdrage werd door het Hof beschouwd als overheidsfinanciering. Van een tegenprestatie was volgens het Hof geen sprake, omdat de bijdrage verschuldigd was op grond van het bezit van een ontvangsttoestel ongeacht of van de aangeboden diensten van de omroepen gebruik werd gemaakt.[58] Dat de omroepbijdrage niet eerst werd geïnd door de overheid en vervolgens uitgekeerd aan de omroepen, maar rechtstreeks door de omroepen kon worden geïnd, deed daaraan niet af.[59] Interessant is dat deze jurisprudentie is verdisconteerd in de considerans van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Daarin is bepaald dat onder financiering ook betalingen van gebruikers worden verstaan welke volgens publiekrechtelijke regels worden opgelegd, berekend en geïnd.[60]

Een overheidsdeelname in een vennootschap zal volgens Noë doorgaans niet kunnen worden beschouwd als overheidsfinanciering, omdat daardoor de *activiteiten* van de vennootschap niet kunnen worden gefinancierd. Het gestorte aandelenkapitaal behoort namelijk in stand te blijven. Dit is wellicht anders als

52 Zie Noë 2003, p. 316 l.k.; HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 20.
53 Noë 2003, p. 316; Essers 2013, p. 95-98; Zijlstra 2008, p. 40-41.
54 HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*University of Cambridge*), r.o. 21; HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 22.
55 *University of Cambridge*, r.o. 24-25.
56 Essers 2013, p. 97 onder verwijzing naar HvJ EG 13 december 2007, C-337/06 (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 60.
57 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06. Zie ook HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 23-31.
58 R.o. 45.
59 R.o. 47.
60 Zie Richtlijn nr. 2014/24/EU, considerans nr. 10; Richtlijn nr. 2014/25/EU, considerans nr. 12.

de overheid aandelen verwerft om een noodlijdende vennootschap een kapitaalinjectie te geven.[61]

Ten slotte zij opgemerkt dat het Hof met de term 'in hoofdzaak gefinancierd' bedoelt dat de activiteiten voor *meer dan de helft* door de overheid worden gefinancierd. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle inkomsten van de instelling in een begrotingsjaar, inclusief de inkomsten verkregen uit commerciële activiteiten.[62] Deze uitleg van het Hof is eveneens opgenomen in de considerans van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.[63]

Bij de vraag naar *overheidstoezicht op het beheer*[64] is volgens het Hof bepalend of het toezicht een afhankelijkheid jegens de overheid schept die gelijkwaardig is aan de afhankelijkheid die ontstaat als gevolg van overheidsfinanciering of het door de overheid aanwijzen van meer dan de helft van de bestuursleden.[65] Waar het meer in het bijzonder om gaat, is of het toezicht tot gevolg heeft dat de instelling zodanig afhankelijk is van de overheid, dat deze haar beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.[66] Dit maakt ook meteen het verschil duidelijk met het criterium van 'hoofdzakelijke overheidsfinanciering'. Daarbij is namelijk niet vereist dat de overheidsfinanciering door de overheid tot gevolg heeft dat zij daadwerkelijk invloed uitoefent op het aanbestedingsbeleid van de betreffende instelling. Bij het toezicht op het beheer geldt dat nu juist wel.

Overheidstoezicht op het beheer is bijvoorbeeld aanwezig in het geval dat de activiteiten van de betrokken instelling aan zeer gedetailleerde regels zijn onderworpen of wanneer de overheid direct kan ingrijpen in de uitvoering van de activiteiten. Het toezicht kan zijn grondslag vinden in wet, statuten of overeenkomst.[67] Maar ook *indirect toezicht* is voldoende, zo oordeelde het Hof in *Forestry Board*:

> 'Daarbij is van belang, dat het de staat is die de Forestry Board heeft opgericht en hem bepaalde taken heeft toegewezen, in de eerste plaats het beheer van de nationale bossen en de opbouw van een bosbouwnijverheid, maar ook de exploitatie van diverse inrichtingen in het algemeen belang. Het is ook de staat die bevoegd is de hoofdbestuurders van de Forestry Board aan te stellen.
> De bevoegdheid van de minister om de Forestry Board aanwijzingen te geven, met name om hem te verplichten de grote lijnen van het overheidsbeleid inzake de bosbouw te volgen, of diensten of inrichtingen te exploiteren, alsmede de aan die minister en aan de minister van Financiën toegekende bevoegdheden op financieel gebied, geven de staat bovendien de mogelijkheid de economische activiteit van de Forestry Board te controleren.
> Ofschoon dus geen enkele bepaling er uitdrukkelijk in voorziet, dat de staatscontrole zich specifiek uitstrekt tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor

61 Noë 2003, p. 316.
62 *University of Cambridge*, r.o. 27-44.
63 Zie Richtlijn nr. 2014/24/EU, considerans nr. 10; Richtlijn nr. 2014/25/EU, considerans nr. 12.
64 Noë 2003, p. 316-317; Van Romburgh 2005, p. 113-115; Essers 2013, p. 98-101.
65 HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (*Franse Woningcorporaties*), r.o. 49.
66 *Franse Woningcorporaties*, r.o. 48; HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 29.
67 Noë 2003, p. 317 l.k.; Van Romburgh 2005, p. 114.

leveringen aan de Forestry Board, kan de staat een dergelijke controle ten minste indirect uitoefenen.'[68]

Ook het volledig aandeelhouderschap van de overheid in een instelling kan duiden op (indirect) overheidstoezicht.[69] Dat kan worden afgeleid uit het arrest *Truley*. Daarin overwoog het Hof dat een instelling was onderworpen aan het toezicht van de stad Wenen, omdat deze instelling een dochteronderneming is van een vennootschap waarvan het maatschappelijk kapitaal volledig in handen is van de stad Wenen.[70] Volgens Van Romburgh leidt aandeelhouderschap van de overheid echter niet steeds automatisch tot overheidstoezicht; dat hangt af van de feitelijke omstandigheden. Gedraagt de overheid zich alleen als aandeelhouder, dan is aldus Van Romburgh niet aannemelijk dat de betreffende instelling onder overheidstoezicht staat.[71] Niet alleen aandeelhouderschap kan wellicht leiden tot (indirect) overheidstoezicht. Ook het feit dat de organen van een instelling bestaan uit vertegenwoordigers van de overheid, of dat die organen worden benoemd door de overheid kan misschien duiden op overheidstoezicht, al is dat niet zeker.[72]

Toezicht *achteraf* wordt door het Hof in ieder geval niet als overheidstoezicht aangemerkt. De reden daarvoor is dat de overheid daardoor per definitie geen invloed kan uitoefenen op de besluiten van de instelling ter zake van overheidsopdrachten.[73] Noë en Van Romburgh wijzen er echter op dat het heel goed mogelijk is dat de instelling bij de uitoefening van haar activiteiten steeds rekening houdt met een eventueel toezicht achteraf.[74]

Ten slotte kan een sterke afhankelijkheidsrelatie bestaan als *meer dan de helft van de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan van de instelling door de overheid zijn aangewezen.*[75] Aan dit laatste criterium is voldaan wanneer meer dan de helft van de leden van een van de organen van de rechtspersoon wordt aangewezen door de overheid. Bij de organen van de rechtspersoon moet worden gedacht aan het bestuur, de Algemene Ledenvergadering, de Raad van Commissarissen en de Raad van Toezicht. Aanwijzing kan plaatsvinden op basis van de statuten, maar ook op grond van de wet.

Overigens dringt zich tegen de achtergrond van de doelstelling van de aanbestedingsregels en de functionele uitleg van het Hof de vraag op waarom het begrip publiekrechtelijke instelling aan de hand van *drie* cumulatieve criteria wordt afgebakend. Zou niet kunnen worden volstaan met alleen een sterke

68 HvJ EG 17 december 1998, C-353/96, r.o. 37-39.
69 Zie hierover Arrowsmith 2004, p. 72 en Van Romburgh 2005, p. 114-115.
70 HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, r.o. 72.
71 Van Romburgh 2005, p. 114-115.
72 Zie bijvoorbeeld Arrowsmith 2004, p. 71 onder verwijzing naar de conclusie van A-G Alber van 30 januari 2001, C-223/99 en C-260/99, overweging 48.
73 HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Truley*), r.o. 70; HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*), r.o. 29.
74 Noë 2003, p. 317 l.k.; Van Romburgh 2005, p. 114.
75 Noë 2003, p. 317 l.k.; Van Romburgh 2005, p. 115.

afhankelijkheidsrelatie? De aanwezigheid van een sterke afhankelijkheidsrelatie brengt immers reeds het risico met zich dat een instelling zich laat leiden door andere overwegingen dan economische. Bovendien wordt in de jurisprudentie niet altijd strak de hand gehouden aan de andere cumulatieve vereisten. Zo ging het Hof in de zaak *Beentjes* zeer ruimhartig om met het vereiste van rechtspersoonlijkheid. Voorts kan worden gewezen op de zaak *Connemara,*[76] waarin het Hof volgens sommigen voorbij gaat aan de eis dat moet worden voorzien in behoeften van algemeen belang.[77] Daarnaast kan een parallel worden getrokken met de rechtspraak inzake rechtstreekse werking van richtlijnen.[78] Blijkens die jurisprudentie is een instelling verplicht rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen in het geval dat de overheid door middel van *toezicht* invloed kan uitoefenen op het gedrag van een instelling inzake de materie van de richtlijn. De gedachte daarachter is dat de lidstaat er in zo'n geval geen voordeel aan mag ontlenen dat hij een richtlijn niet tijdig of incorrect heeft omgezet.

11.2.4 Voor zover

In het arrest *Mannesmann* kwam naar voren dat niet van belang is of de instelling naast het voorzien in behoeften van algemeen belang ook andere activiteiten verricht. Zelfs wanneer slechts een klein deel van de activiteiten van de instelling de behartiging van algemene belangen anders dan van industriële of commerciële aard bedraagt, wordt de instelling nog steeds als publiekrechtelijke instelling beschouwd.[79] De vraag rijst of die instelling alleen publiekrechtelijke instelling is voor zover zij algemene belangen anders dan van industriële of commerciële aard behartigt, of ook voor zover zij andere activiteiten verricht. Het Hof beantwoordt die vraag aldus dat de toepasselijkheid van de aanbestedingsregels niet varieert naar gelang de aard van de activiteiten anders is. Dit betekent dat het aanbestedingsrecht ook van toepassing is op opdrachten die geen verband houden met de activiteiten die voorzien in behoeften van algemeen belang. Het Hof verwoordt het in *Mannesmann* als volgt:

> 'Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, zoals is vastgesteld in punt 26 van het onderhavige arrest, de bewoordingen zelf van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 niet uitsluiten, dat een aanbestedende dienst naast zijn taak om specifiek te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, andere activiteiten kan verrichten.
> Met betrekking tot dergelijke activiteiten zij om te beginnen vastgesteld, dat artikel 1, sub a, van de richtlijn geen onderscheid maakt tussen overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken die door een aanbestedende dienst worden geplaatst

76 HvJ EG 17 december 1998, C-306/97.

77 E. Manunza op 7 oktober 2010 tijdens het door het Europa Instituut georganiseerde symposium: 'Het Europese speelveld voor woningcorporaties. Randvoorwaarden en dilemma's voor de toekomst.'

78 Zie hierna hoofdstuk 13.

79 HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96. Zie ook HvJ EG 10 april 2008, C-393/06 (*Ing. Aigner*), r.o. 47.

> ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak.
> Dat een dergelijk onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van richtlijn 93/37, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden.
> Ten slotte zou een uitlegging van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 in die zin, dat de toepassing ervan zou variëren naargelang het relatieve aandeel van de activiteiten die worden verricht ter voorziening in andere behoeften dan die van industriële of commerciële aard, groter of kleiner is, in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel dat verlangt dat een regel van gemeenschapsrecht duidelijk is en dat de toepassing ervan voorzienbaar is voor allen die erdoor worden geraakt.
> Derhalve moet op de eerste en de zesde vraag worden geantwoord, dat een entiteit als de ÖS moet worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 en bijgevolg als een aanbestedende dienst in de zin van de eerste alinea van deze bepaling, zodat de door deze entiteit geplaatste opdrachten voor de uitvoering van werken, van welke aard ook, moeten worden beschouwd als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van deze richtlijn.'[80]

De conclusie is dat het Hof geen voor zover-benadering hanteert ter zake van het begrip publiekrechtelijke instelling in aanbestedingsrechtelijke context. Een hybride organisatie die op grond van een deel van haar activiteiten als publiekrechtelijke instelling wordt gekwalificeerd, is dus voor al haar activiteiten onderworpen aan de regels van het aanbestedingsrecht. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'infectietheorie': de activiteiten van algemeen belang 'infecteren' als het ware de commerciële activiteiten.[81]

Het is de vraag of de benadering van het Hof overtuigend is. Het Hof rechtvaardigt zijn benadering met het rechtszekerheidsbeginsel 'dat verlangt dat een regel van gemeenschapsrecht duidelijk is en dat de toepassing ervan voorzienbaar is voor allen die erdoor worden geraakt.' Onduidelijk is wat het Hof daar precies mee bedoelt. Betekent het dat alle activiteiten gelijk behandeld moeten worden? Met Arrowsmith kan daartegen onder andere worden ingebracht dat het Europese recht wel vaker onderscheid maakt op grond van de aard van een activiteit.[82] Te denken valt bijvoorbeeld aan hybride ondernemingen die zowel commerciële als niet-commerciële activiteiten verrichten. Voor het niet-commerciële deel van hun taken (de diensten van algemeen economisch belang) gelden de regels van het mededingingsrecht slechts voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert (art. 106 lid 2 VWEU). Aan de andere kant kan worden betoogd dat het juist in de context van het aanbestedingsrecht moeilijk is om in de praktijk een onderscheid te maken tussen verschillende activiteiten. Het gaat bij aanbesteding vaak om

80 HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96, r.o. 31-35.
81 Saanen 2013, p. 55-56.
82 Arrowsmith 2004, p. 80-81.

opdrachten in de sfeer van de infrastructuur van organisaties. Te denken valt aan een universiteit. Het geven van een commerciële PAO-cursus is op zichzelf goed te onderscheiden van initieel onderwijs, maar het bouwen van de collegezaal die voor beide gebruikt kan worden veel minder. Met andere woorden, wanneer de opdracht in ieder geval deels ook betrekking heeft of kan hebben op de activiteit die onder de criteria van het Hof valt, is voorstelbaar dat de gehele opdracht volgens de aanbestedingsregels moet plaatsvinden.[83]

Overigens kan een instelling wellicht aan de benadering van het Hof ontkomen door haar commerciële activiteiten onder te brengen bij een dochteronderneming waarvan zij de meerderheid van de aandelen houdt. In dat geval moet bij de dochtermaatschappij namelijk afzonderlijk worden nagegaan of zij een publiekrechtelijke instelling is.[84]

11.2.5 Verenigingen van aanbestedende diensten[85]

Aanbestedende diensten zijn ook *verenigingen* van aanbestedende diensten. Een functionele uitleg van deze categorie brengt met zich dat het niet alleen gaat om verenigingen in de zin van bijvoorbeeld titel 2 van Boek 2 BW, maar ook om bijvoorbeeld gemeenschappelijke regelingen. Een dergelijke functionele uitlegging lijkt ook tot uitdrukking te komen in de definitie van de Aanbestedingswet 2012, waarin artikel 1.1 spreekt van 'een samenwerkingsverband' van aanbestedende diensten.[86] In Nederland kan hierbij onder andere worden gedacht aan de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten, waarvan de leden uitsluitend bestaan uit gemeenten en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, gewesten genoemd (zie art. 5 van de Statuten VNG).

11.3 Overheidsbedrijven

De subjectieve werkingssfeer van de Richtlijn Nutssectoren is ruimer dan de Richtlijn Overheid. De Richtlijn Nutssectoren is namelijk niet alleen van toepassing op aanbestedende diensten, maar ook op *overheidsbedrijven*.[87] In artikel 2 lid 1 aanhef en onder b van de richtlijn wordt een overheidsbedrijf gedefinieerd als een bedrijf waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften.[88] Een overheersende invloed

83 Zijlstra 2008, p. 41.
84 HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 37-41.
85 Essers 2013, p. 104-105.
86 Ook de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen hanteren de term 'samenwerkingsverbanden'. Zie art. 2 lid 1 onder 1 van Richtlijn nr. 2014/24/EU en art. 3 lid 1 van Richtlijn nr. 2014/25/EU.
87 Daarnaast geldt de eis dat de instelling werkzaam moet zijn in een speciale sector, waaronder energie, drinkwatervoorziening, openbaar vervoer, postdiensten, aardolie, gas en vaste brandstoffen, havens en luchthavens.
88 De nieuwe Richtlijn Nutssectoren (2014/25/EU) spreekt niet meer over overheidsbedrijven, maar over 'overheidsondernemingen'. Zie art. 4 lid 2.

wordt vermoed aanwezig te zijn, wanneer de aanbestedende diensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf:

– de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezitten; of
– over de meerderheid van de stemmen beschikken die aan de door de onderneming uitgegeven aandelen zijn verbonden; of
– meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kunnen aanwijzen.[89]

Van een indirecte invloed zal sprake kunnen zijn als een aanbestedende dienst via een tussenholding de aandelen in een overheidsbedrijf houdt.[90] Voorts lijkt het begrip overheidsbedrijf op het in de vorige paragraaf behandelde begrip publiekrechtelijke instelling. Vaak zal een overheidsbedrijf tevens publiekrechtelijke instelling zijn. Een verschil is dat publiekrechtelijke instellingen niet uitsluitend kunnen voorzien in behoeften van commerciële aard. Overheidsbedrijven kunnen dat wel.[91]

11.4 Ondernemingen met bijzondere of exclusieve rechten

Net als overheidsbedrijven vallen ook de ondernemingen met bijzondere of exclusieve marktrechten buiten de werkingssfeer van de Algemene aanbestedingsrichtlijn. Zij vallen daarentegen wel als restcategorie onder de Richtlijn Nutssectoren.[92] Bijzondere of uitsluitende rechten zijn rechten die voortvloeien uit een door een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat verleende machtiging op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van de activiteiten in een speciale sector aan een of meer aanbesteders voorbehouden blijven. Als gevolg daarvan moeten de mogelijkheden van andere diensten om dezelfde activiteiten in de sector uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed.[93] In de *Explanatory Note* van 18 juni 2004 heeft de Commissie een toelichting gegeven op de definitie van exclusieve en bijzondere rechten onder de Richtlijn Nutssectoren. Belangrijk is dat daarin wordt aangegeven dat geen sprake is van bijzondere of uitsluitende rechten wanneer deze rechten zijn toegekend op basis van objectieve proportionele en non-discriminatoire criteria.[94]

89 In nieuwe Richtlijn Nutssectoren (2014/25/EU) is dit lijstje met criteria op grond waarvan overheersende invloed wordt vermoed, neergelegd in art. 4 lid 2.

90 Essers 2006, p. 61.

91 Essers 2006, p. 61.

92 Daarnaast geldt ook hier de eis dat de instelling werkzaam moet zijn in een speciale sector, waaronder energie, drinkwatervoorziening, openbaar vervoer, postdiensten, aardolie, gas en vaste brandstoffen, havens en luchthavens.

93 Artikel 2 lid 3 Richtlijn Nutssectoren. In artikel 4 lid 3 van de nieuwe Richtlijn Nutssectoren (2014/25/EU) wordt nagenoeg dezelfde definitie gehanteerd.

94 CC/2004/33. Zie ook de considerans van de Richtlijn Nutssectoren onder overweging 25. In de nieuwe Richtlijn Nutssectoren (2014/25/EU) is in artikel 4 lid 3 bepaald dat rechten die zijn verleend door middel van een procedure waaraan voldoende bekendheid is gegeven en waarin de verlening van deze rechten gebaseerd was op objectieve criteria geen 'bijzondere of uitsluitende

Dit betekent bijvoorbeeld dat een exclusieve concessie voor openbaar vervoer die via een aanbestedingsprocedure is verleend geen uitsluitend recht is.[95]

11.5 Aanbestedingswet 2012

11.5.1 Algemeen

Aanvankelijk waren de aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften,[96] het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO)[97] en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass).[98] Sinds 1 april 2013 zijn de aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd door middel van de Aanbestedingswet 2012.[99] Deze wet beoogt een hernieuwde en meer toegankelijke implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.[100]

Voor wat betreft de subjectieve werkingssfeer van de verplichtingen van de Algemene aanbestedingsrichtlijn wordt in de Aanbestedingswet 2012 aangesloten bij het begrip *aanbestedende dienst*. Voor de implementatie van de Richtlijn Nutssectoren wordt in de Aanbestedingswet 2012 het begrip *speciale-sectorbedrijf* gebruikt. Zowel een *aanbestedende dienst* als een *overheidsbedrijf* en een *bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend*, zijn speciale-sectorbedrijf, als zij bepaalde activiteiten in een speciale sector verrichten.[101]

11.5.2 Aanbestedende dienst

Aanbestedende diensten zijn volgens artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. De gebruikte terminologie is aangepast aan het Nederlands organisatierecht. Dat geldt ook voor het begrip publiekrechtelijke instelling.

---

rechten' vormen. Het gaat hier om aanbestedingsprocedures met een voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig de verschillende aanbestedingsrichtlijnen, en procedures uit hoofde van andere rechtshandelingen van de Unie als vermeld in bijlage II van de richtlijn, die garant staan voor voldoende voorafgaande transparantie voor het verlenen van vergunningen op basis van objectieve criteria. Zie ook punt 20 van de considerans van de nieuwe richtlijn.

95 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 63.

96 Wet van 31 maart 1993, *Stb.* 1993, 212.

97 Besluit van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 408.

98 Besluit van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 409.

99 Wet van 1 november 2012, *Stb.* 2012, 542.

100 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3.

101 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 42.

Artikel 1.1 van het wetsvoorstel omschrijft dit begrip als:
'een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.'

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie leidend is voor de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling.[102] Daarop is ook geanticipeerd bij de redactie van artikel 1.1. De definitie in de richtlijnen stelt de eis dat de instelling moet zijn *opgericht* met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat het moment waarop de instelling is gaan voorzien in dergelijke behoeften van algemeen belang niet relevant is.[103] Daarom wordt in de Aanbestedinsgwet 2012 alleen de eis gesteld dat de instelling specifiek *ten doel heeft* te voorzien in die behoeften.[104]

11.5.3 Overheidsbedrijf

Voor de implementatie van de Richtlijn Nutssectoren wordt in de Aanbestedingswet 2012 het begrip speciale-sectorbedrijf gebruikt. Daaronder vallen *overheidsbedrijven,* voor zover zij bepaalde activiteiten in een speciale sector verrichten. Overeenkomstig de richtlijn wordt een overheidsbedrijf in artikel 1.1 gedefinieerd als een bedrijf waarop een aanbestedende dienst rechtstreeks of middelijk een overheersende invloed kan uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften. De aanwezigheid van overheersende invloed wordt, evenals in de richtlijn, blijkens artikel 1.2 vermoed aanwezig te zijn indien een aanbestedende dienst, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van dat bedrijf:

a. de meerderheid van het geplaatste kapitaal bezit;
b. over de meerderheid van de stemmen beschikt die aan de door het bedrijf uitgegeven aandelen zijn verbonden; of
c. meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van het bedrijf kan benoemen.

102 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 44.
103 Zie § 11.2.3.2.
104 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 44.

Het gaat hier om een vermoeden. Dit betekent dat zich ook andere situaties kunnen voordoen waarin sprake is van overwegende invloed. Aan de andere kant is niet uitgesloten dat ook bij de aanwezigheid van een van de genoemde criteria aannemelijk gemaakt kan worden dat geen sprake is van overheersende invloed.[105]

11.5.4 Bedrijven met bijzondere of uitsluitende rechten

Voorts worden als speciale-sectorbedrijven aangemerkt een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, als zij bepaalde activiteiten in een speciale sector verrichten. Artikel 1.1 definieert een *bijzonder recht* als een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied:

a. het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt;
b. verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen; of
c. op een andere wijze dan volgens deze criteria aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen voordelen worden toegekend, waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen dezelfde omstandigheden uit te oefenen.

Een *uitsluitend recht* is volgens artikel 1.1 een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.

Vanuit een oogpunt van eenheid van terminologie, sluit de gekozen terminologie aan bij artikel 25a, onderdelen b en c van de Mededingingswet. Dit artikel geeft uitvoering aan Richtlijn nr. 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven. Volgens de regering wordt met de begripsomschrijving in voornoemde richtlijn hetzelfde beoogd als in de aanbestedingsrichtlijnen.[106]

Volgens de memorie van toelichting kunnen bijzondere of uitsluitende rechten op diverse wijzen van overheidswege worden verleend, variërend van een wet in formele zin of ander wettelijk voorschrift tot een vergunning of andersoortig besluit van een bestuursorgaan. Van een uitsluitend recht is volgens de memorie van toelichting sprake als een bepaalde dienst of activiteit in een bepaalde regio door één onderneming mag worden verricht. Bij bijzondere rechten is sprake van een op voorhand beperkt aantal ondernemingen waarbij dat beperkte recht

105 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 48.
106 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 43.

wordt verleend overeenkomstig hetgeen in de begripsomschrijving van bijzonder recht wordt bepaald. Van een bijzonder recht is dus geen sprake bij rechten waarvoor alle ondernemingen die aan bepaalde kwalificaties voldoen, in aanmerking komen, aldus de regering in de memorie van toelichting.[107]

In de literatuur wordt geconstateerd dat de gekozen definities op twee punten niet goed lijken aan te sluiten bij de Richtlijn Nutssectoren en de overwegingen in de *Explanatory Note*. Allereerst blijkt uit de definitie van 'bijzonder recht' niet dat het vereiste van objectieve, proportionele en non-discriminatoire criteria impliceert dat voldoende *publiciteit* moet zijn gegeven aan het voornemen tot verlening van de rechten, zodat alle potentieel geïnteresseerde partijen zich hebben kunnen mobiliseren. In de tweede plaats blijkt uit de wettelijke definitie van 'uitsluitend recht' niet dat een recht verkregen via een objectieve, proportionele en non-discriminatoire procedure geen uitsluitend recht is.[108]

11.6 Rode draad

11.6.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Europese aanbestedingsregels van toepassing zijn op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail.

11.6.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

11.6.2.1 Inleiding

De vraag of woningcorporaties aanbestedingsplichtig zijn, is in de literatuur reeds verschillende malen aan de orde geweest.[109] De regering heeft zich tot nog toe steeds op het standpunt gesteld dat voor woningcorporaties geen algehele aanbestedingsplicht geldt op grond van Richtlijn nr. 2004/18/EG.[110] Een woningcorporatie is op grond van Richtlijn nr. 2004/18/EG alleen aanbestedingsplichtig indien zij kan worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling. Daarvoor moet aan drie cumulatieve criteria zijn voldaan: er moet sprake zijn van 1) voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard; 2) rechtspersoonlijkheid en; 3) een sterke afhankelijkheidsrelatie doordat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, ofwel doordat het beheer aan overheidstoezicht onderworpen is, ofwel doordat de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de overheid zijn aangewezen. Vaststaat dat een woningcorporatie rechtspersoonlijk-

107 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 43.
108 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 63.
109 Zie Heemskerk & Braat 2010, p. 784-791 met literatuurverwijzingen.
110 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 29 453, nr. 159, p. 17 en p. 19; *Kamerstukken II* 2009/10, 29 453, nr. 163, p. 4; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3, p. 20-21; Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 6 juni 2011, *Stcrt.* 2011, 11161, p. 2.

heid bezit. Alleen stichtingen en verenigingen kunnen immers als toegelaten instelling worden toegelaten als woningcorporatie (art. 70 Woningwet). Stichtingen en verenigingen zijn privaatrechtelijke rechtspersonen ex artikel 2:3 BW.

11.6.2.2 Behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële aard

De vraag rijst of woningcorporaties voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. In de literatuur wordt als vaststaand aangenomen dat woningcorporaties voorzien in *behoeften van algemeen belang*.[111] Dit wordt afgeleid uit de volgende omstandigheden, waaronder het feit dat artikel 22 lid 2 van de Grondwet bepaalt dat de bevordering van voldoende woongelegenheid een zorg is van de overheid. Voorts wordt de toelating ex artikel 70 Woningwet alleen verleend aan instellingen die zich ten doel stellen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn. Op het gebied van de volkshuisvesting zijn in het Besluit beheer sociale-huursector (BBSH) aan toegelaten woningcorporaties drie taken toebedeeld: het bouwen, verhuren en verkopen van sociale woningen. Voorts hebben woningcorporaties taken op het terrein van de woonomgeving en maatschappelijk vastgoed alsook op het gebied van wijk- en buurtaanpak. De Europese Commissie is bovendien van mening dat sociale huisvesting een dienst van algemeen economisch belang is en dat het bevorderen daarvan als een legitieme overheidstaak kan worden beschouwd.[112]

Naast het feit dat wordt aangenomen dat woningcorporaties voorzien in behoeften van algemeen belang, gaat men er in de literatuur doorgaans ook vanuit dat die behoeften anders zijn dan van industriële of commerciële aard.[113] Dat is echter niet zonder meer vanzelfsprekend. Zo betoogt Janssen dat met name het feit dat woningcorporaties hun activiteiten verrichten in concurrentie met elkaar en met andere vastgoedondernemingen, zoals ook wordt onderkend door de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit, met zich brengt dat het aanbieden van sociale huisvesting van commerciële aard is.[114]

11.6.2.3 Financiering, beheer onderworpen aan toezicht of aanwijzing leden organen rechtspersoon

Voorts moet sprake zijn van een sterke afhankelijkheidsrelatie met de overheid, die zich kan uiten door overheidsfinanciering, dan wel door het benoemen van meer dan de helft van de bestuursleden, dan wel door toezicht op het beheer van de corporatie. Van hoofdzakelijke overheidsfinanciering is thans geen sprake meer. Vanwege de bruteringsoperatie is de subsidiëring van woningcorporaties sinds 1995 stopgezet. Hun inkomsten vloeien nu vooral voort uit huuropbrengsten en de ontwikkeling, bouw, en verkoop van onroerend goed.[115]

---

111 Zie Heemskerk & Braat 2010, p. 786; Janssen 2011, p. 76.

112 Zie Janssen 2011, p. 76, onder verwijzing naar het besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009, COM/2009/9963 en het besluit van de Europese Commissie van 7 december 2005, COM/2005/4668.

113 Zie bijvoorbeeld Heemskerk & Braat 2010, p. 786; Dutmer 2010, § 2.3.

114 Janssen 2011, p. 76-77.

115 Heemskerk & Braat 2010, p. 786. Zo ook Janssen 2011, p. 77. Zie ook Essers 2013, p. 104.

Daarnaast worden de leden van het bestuur dan wel de toezichthoudende organen van een woningcorporatie niet voor meer dan de helft door de overheid aangewezen. Daar komt bij dat de mogelijkheid om bestuurders van overheidsorganen te benoemen als bestuurder dan wel toezichthouder van een woningcorporatie door artikel 7 lid 1 sub d en lid 2 sub a BBSH is beperkt.[116]

Het knelpunt zit hem in de vraag of sprake is van overheidstoezicht. Op dit punt is een tweedeling te ontwaren in de literatuur. Sommige auteurs menen dat de huidige toezichtsinstrumenten jegens woningcorporaties voldoende zijn voor het aannemen van een sterke afhankelijkheidsrelatie.[117] De vraag is of dit juist is. Woningcorporaties staan ingevolge artikel 70d lid 1 Woningwet onder toezicht van de Minister voor Wonen en Rijksdienst. Het toezicht is verder uitgewerkt in het Besluit Beheer Sociale Huursector. Het financieel toezicht wordt uitgevoerd door het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting (art. 70d lid 1 jo. art. 71a lid 1 aanhef en onder b Woningwet). Op grond van de artikelen 26, 30 en 33 BBSH dient de woningcorporatie jaarlijks verantwoording af te leggen door middel van een jaarrekening, jaarverslag en volkshuisvestingsverslag en via het financieel overzicht dat het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting aan de minster verstrekt. Voorts kan de minister een woningcorporatie verzoeken om inlichtingen en inzage in documenten. De minister heeft op grond van het BBSH ook een aantal mogelijkheden om in te grijpen bij woningcorporaties (interventiebevoegdheden). Zo kan de minister een aanwijzing geven om één of meer handelingen te verrichten (art. 41). In het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting komt een dergelijke bevoegdheid ook toe aan de Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting, de opvolger van het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting.[118] De minister kan bepalen dat een woningcorporatie tijdelijk bepaalde handelingen slechts kan verrichten na voorafgaande goedkeuring (art. 43 lid 1) en de minster kan een plan laten opstellen door een door de minister aangewezen persoon of instantie ten behoeve van door een woningcorporatie te verrichten handelingen (art. 43 lid 2). De regering heeft aangegeven dat deze bevoegdheden alleen kunnen worden aangewend in het belang van de volkshuisvesting. Hierdoor is het volgens de regering niet goed denkbaar dat met gebruikmaking van deze bevoegdheden de overheid invloed kan uitoefen op woningcorporaties om een bepaalde aanbestedingskeuze te maken.[119] Daar komt bij dat de uitoefening van de toezichtsbevoegdheden doorgaans *repressief* van aard is. De bevoegdheden worden alleen gebruikt als daar een concrete aanleiding voor is. Woningcorporaties zullen eerst op een meer informele manier worden aangesproken.[120] Toezicht achteraf is blijkens het arrest *Truley* onvoldoende, omdat daardoor per definitie geen invloed kan worden uitgeoefend op de besluiten die

116 Heemskerk & Braat 2010, p. 786; Janssen 2011, p. 77.
117 Zie bijvoorbeeld Van den Assem 2006, p. 906.
118 Art. 61d lid 2 Woningwet (nieuw).
119 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3, p. 21.
120 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3, p. 21. Zie ook de circulaire van de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van 7 februari 2000, *Stcrt.* 2000, 26, p. 8; Besluit van 27 februari 1998, *Stb.* 1998, 135, p. 48.

een instelling neemt ter zake van overheidsopdrachten.[121] Op grond van het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat geen sprake is van overheidstoezicht in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie.[122]

Geconcludeerd kan worden dat woningcorporaties niet aanbestedingsplichtig zijn op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Dat neemt evenwel niet weg dat zij wel verplicht zijn om op grond van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting de bouw van het maatschappelijk vastgoed aan te besteden.

11.6.2.4 Aanbestedingsplicht Tijdelijke regeling DAEB toegelaten instellingen volkshuisvesting

Naar aanleiding van een beschikking van de Europese Commissie van 15 december 2009 betreffende de staatsteun aan Nederlandse woningcorporaties, heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting van 3 november 2010 de algemene verplichting opgenomen om de bouw van het maatschappelijk vastgoed aan te besteden.[123] Daaraan werd aanvankelijk toegevoegd dat wanneer de aanneemsom van de bouw van maatschappelijk vastgoed hoger is dan € 4,845 miljoen, de aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG van toepassing is.[124] Deze laatste verplichting tot Europees aanbesteden heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties echter weer geschrapt bij Regeling van 6 juni 2011.[125] Hiertoe is blijkens de toelichting besloten om een administratieve lastenverlichting voor toegelaten instellingen door te voeren. Los hiervan wordt aangegeven dat voor woningcorporaties geen Europese aanbestedingsplicht geldt op grond van Richtlijn nr. 2004/18/EG. Daarnaast is aanbesteding volgens de aanbestedingsrichtlijn niet nodig voor de implementatie van het besluit van 15 december 2009 van de Europese Commissie, aldus de toelichting. Het gevolg van de wijziging van de Tijdelijke regeling is dat woningcorporaties wel aanbestedingsplichtig zijn voor wat betreft het maatschappelijk vastgoed, maar dat zij meer vrijheid krijgen in de keuze van de aanbestedingsvorm (Europees, openbaar of onderhands).

11.6.2.5 Conclusie

Woningcorporaties zijn niet verplicht tot Europees aanbesteden op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Zij kunnen immers niet als publiekrechtelijke instelling worden aangemerkt. Dat neemt evenwel niet weg dat zij wel verplicht zijn om

121 HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, r.o. 70.

122 In deze zin Heemskerk & Graat 2010, p. 787-790. Zie ook Janssen 2011, p. 78, p. 80. Dat straks ook de nieuwe Autoriteit over een aanwijzingsbevoegdheid beschikt (art. 61d lid 2 Woningwet (nieuw)) maakt dat niet anders.

123 Zie hierover Janssen 2011, p. 78-79.

124 Artikel 5 van de regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 3 november 2010, *Stcrt.* 2010, 17515.

125 Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 6 juni 2011, *Stcrt.* 2011, 11161.

op grond van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting de bouw van het maatschappelijk vastgoed aan te besteden. Van een Europese aanbestedingsverplichting is daarbij echter geen sprake.

11.6.3 ProRail

Vaststaat dat ProRail kan worden aangemerkt als *overheidsbedrijf* in de zin van de Richtlijn Nutssectoren. De staat beschikt immers over alle aandelen van ProRail.[126] Dit betekent dat de activiteiten van ProRail die betrekking hebben op het openbaar vervoer over land onder de werkingssfeer van de Richtlijn Nutssectoren vallen. Te denken valt aan de inkoop van spoorbielzen. Op grond van artikel 5 lid 1 is de Richtlijn Nutssectoren van toepassing op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van onder andere het vervoer per trein betreffen. Uit de woorden 'het ter beschikking stellen' blijkt ontegenzeggelijk dat de richtlijn van toepassing is op infrastructuurbeheerders. In de procedures voor de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland is de toepasselijkheid van de Richtlijn Nutssectoren op aanbestedingen door ProRail ook nooit onderwerp van discussie geweest.[127]

De vervolgvraag is of ProRail ook aanbestedingsplichtig is voor andere activiteiten, waarover de Richtlijn Nutssectoren zich niet uitstrekt. Te denken valt aan de situatie dat aan een schoonmaakbedrijf de opdracht wordt verleend om het hoofdkantoor van ProRail schoon te maken. Als ProRail kan worden aangemerkt als *publiekrechtelijke instelling,* dan is de Algemene aanbestedingsrichtlijn op die opdracht van toepassing. ProRail kan inderdaad als publiekrechtelijke instelling worden gekwalificeerd. ProRail voorziet in behoeften van algemeen belang, zij beschikt over rechtspersoonlijkheid en zij wordt in hoofdzaak door de overheid gefinancierd. In aanvulling daarop kan het aandeelhouderschap van de staat erop duiden dat het beheer van ProRail (indirect) is onderworpen aan het toezicht van de staat.

Uit het voorgaande volgt dat ProRail aanbestedingsplichtig is onder de Richtlijn Nutssectoren voor zover het activiteiten betreft die betrekking hebben op het beheer van de spoorweginfrastructuur. Op andere activiteiten is (het meer rigide aanbestedingsregime van) de Algemene aanbestedingsrichtlijn van toepassing, aangezien ProRail als publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt.[128]

---

126 Dat de staat indirect, via Railinfratrust B.V., over die aandelen beschikt, doet daar niet aan af. Zie Essers 2006, p. 61.

127 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 68. Zie ook Essers 2006, p. 71-72.

128 Zie ook HvJ EG 10 april 2008, C-393/06 (*Ing. Aigner*), waarin is uitgemaakt dat voor opdrachten die worden geplaatst door een entiteit met de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 en die verband houden met de uitoefening van activiteiten van deze entiteit in een of meer van de speciale in richtlijn 2004/17 bedoelde sectoren, de procedures van deze richtlijn moeten gelden. Daarentegen gelden voor alle andere opdrachten die door deze entiteit worden geplaatst in verband met de uitoefening van andere activiteiten, de procedures van richtlijn 2004/18.

11.7 Conclusie

Een semipublieke instelling is onderworpen aan de Europese aanbestedingsregels wanneer zij kan worden aangemerkt als *aanbestedende dienst* in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Het gaat hier om de Algemene aanbestedingsrichtlijn en de Richtlijn Nutssectoren, die thans zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. De Richtlijn Nutssectoren is niet alleen van toepassing op aanbestedende diensten, maar ook op *overheidsbedrijven* en *bedrijven met bijzondere of uitsluitende rechten*. Deze richtlijn is alleen van toepassing op dergelijke entiteiten als zij werkzaam zijn in een speciale sector, waaronder energie, drinkwatervoorziening, openbaar vervoer, postdiensten, aardolie, gas en vaste brandstoffen, havens en luchthavens.

De vraag in hoeverre een semipublieke instelling onder de Algemene aanbestedingsrichtlijn valt dan wel onder de Richtlijn Nutssectoren, is om twee redenen van belang. Ten eerste zijn de drempelwaarden voor leveringen en diensten bij toepassing van de Algemene aanbestedingsrichtlijn lager dan bij de Richtlijn Nutssectoren. Ten tweede is er onder de Richtlijn Nutssectoren meer keuzevrijheid als het gaat om de te volgen procedure in vergelijking met de Algemene aanbestedingsrichtlijn. Kortom, de opdrachten waarop de Richtlijn Nutssectoren van toepassing is, zijn aan een soepeler regime onderworpen dan de opdrachten die vallen onder de Algemene aanbestedingsrichtlijn.

Semipublieke instellingen kunnen een aanbestedende dienst zijn als zij kunnen worden aangemerkt als *publiekrechtelijke instelling*. Er moet aan drie cumulatieve criteria zijn voldaan wil een entiteit een publiekrechtelijke instelling zijn. De gezichtspunten die het derde criterium bepalen zijn niet cumulatief:

1. de instelling moet zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
2. de instelling moet rechtspersoonlijkheid bezitten; en
3. het moet gaan om een instelling waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Het begrip publiekrechtelijke instelling wordt ingekleurd door zowel *materiële* als *formele* (of: organisatorische) criteria. Een mix van beide soorten criteria komt reeds naar voren in het eerste vereiste, dat de instelling moet zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. In de eerste plaats moet worden bezien of wordt voorzien in behoeften van algemeen belang. De invulling van de term 'behoeften van algemeen belang' is puur materieel van karakter. Bepalend is de aard van de activiteiten die worden verricht. Zijn de activiteiten gericht op de behartiging van bijvoorbeeld het belang van de volksgezondheid of de openbare orde? Staat eenmaal vast dat sprake is van behoeften van algemeen belang, dan

moet in de tweede plaats worden nagegaan of die behoeften anders zijn dan van industriële of commerciële aard. Om dat te bepalen wordt in de jurisprudentie een mix van materiële en formele (of: organisatorische) criteria gehanteerd. Materieel van aard is de vraag of mededinging – ofwel: effectieve concurrentie – op de markt ontbreekt. Ook de vraag of de activiteiten van de instelling al dan niet hoofdzakelijk zijn gericht op het maken van winst is materieel van aard. Een formele (of: organisatorische) factor die een relevante rol is toebedeeld, betreft de vraag of de instelling zelfstandig de (financiële) risico's draagt, of dat die worden afgewenteld op de overheid. Tevens bij uitstek een formeel (of: organisatorisch) aspect is het criterium van overheidsfinanciering. Formele factoren zijn ook te vinden in het derde vereiste: het bestaan van overheidsfinanciering, overheidstoezicht op het beheer of het aanwijzen van de leden van de organen van de rechtspersoon. Wat betreft de overheidsfinanciering verdient het opmerking dat financiering door de overheid ook medebepalend is bij het vaststellen of de behoefte waarin wordt voorzien een andere is dan van industriële of commerciële aard.

Het begrip publiekrechtelijke instelling dient autonoom en eenvormig door het Hof te worden uitgelegd. Die uitleg is voorts *functioneel* van aard. Dit betekent dat bij het bepalen van de reikwijdte van het begrip steeds rekening moet worden gehouden met de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen. De aanbestedingsregels strekken er enerzijds toe het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Anderzijds beogen de regels te voorkomen dat een aanbestedende dienst zich door andere dan economische overwegingen laat leiden. De criteria die het begrip publiekrechtelijke instelling afbakenen zijn nauw met deze doelstellingen verbonden: steeds gaat het om omstandigheden die tot gevolg kunnen hebben dat een instelling bij haar aanbestedingsbeleid door niet-economische overwegingen wordt gestuurd.

De subjectieve werkingssfeer van de Richtlijn Nutssectoren is ruimer dan de Richtlijn Overheid. De Richtlijn Nutssectoren is namelijk niet alleen van toepassing op aanbestedende diensten, maar ook op overheidsbedrijven en ondernemingen met bijzondere of exclusieve rechten, als zij bepaalde activiteiten in een speciale sector verrichten. *Overheidsbedrijven* zijn bedrijven waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften. Een overheersende invloed wordt vermoed aanwezig te zijn, wanneer de aanbestedende diensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf: de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezitten; of over de meerderheid van de stemmen beschikken die aan de door de onderneming uitgegeven aandelen zijn verbonden; of meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kunnen aanwijzen. Het gaat hier om puur formele (of: organisatorische) criteria. *Bijzondere of uitsluitende rechten* zijn rechten die voortvloeien uit een door een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat verleende machtiging op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van de activiteiten in een speciale sector aan een of meer aanbesteders voorbehouden blijven. Als gevolg daarvan moeten de mogelijkheden van andere diensten om dezelfde activiteiten in de sector uit te oefenen wezenlijk nadelig

worden beïnvloed. Van belang is dat geen sprake is van bijzondere of uitsluitende rechten wanneer deze rechten zijn toegekend op basis van objectieve proportionele en non-discriminatoire criteria.

Ten slotte is in dit hoofdstuk nagegaan in hoeverre de Europese aanbestedingsregels van toepassing zijn op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Woningcorporaties zijn niet verplicht tot Europees aanbesteden op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Zij kunnen immers niet als publiekrechtelijke instelling worden aangemerkt. Dat neemt evenwel niet weg dat zij wel verplicht zijn om op grond van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting de bouw van het maatschappelijk vastgoed aan te besteden. Van een Europese aanbestedingsverplichting is daarbij echter geen sprake. Voor ProRail is dat anders. In de eerste plaats kan ProRail worden aangemerkt als overheidsbedrijf in de zin van de Richtlijn Nutssectoren. Op grond van deze Richtlijn is ProRail aanbestedingsplichtig voor zover het activiteiten betreft die betrekking hebben op het beheer van de spoorweginfrastructuur. Op andere activiteiten van ProRail is (het meer rigide aanbestedingsregime van) de Algemene aanbestedingsrichtlijn van toepassing, aangezien ProRail tevens als publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt.

Hoofdstuk 12 Mededingingsrecht

12.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de Europese mededingingsregels van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Het mededingingsrecht heeft twee doelstellingen. In de eerste plaats het tegengaan van verstoringen van de mededinging of concurrentie. Ten tweede beogen de mededingingsregels de integratie te verwezenlijken van de verschillende nationale markten tot een gemeenschappelijke markt.[1]

De mededingingsregels waar het hier om gaat betreffen in de eerste plaats de artikelen 101 en 102 VWEU. Hierin zijn het kartelverbod respectievelijk het verbod op misbruik van machtspositie neergelegd. Genoemde bepalingen richten zich primair tot ondernemingen.[2] Ten tweede is het staatssteunverbod van belang, zoals neergelegd in artikel 107 VWEU. Op grond van dit artikel is het staten kort gezegd verboden staatssteun te verlenen aan ondernemingen.

Ter beantwoording van de vraag naar de toepasselijkheid van de mededingingsregels (met inbegrip van het staatssteunverbod) is het derhalve noodzakelijk na te gaan in hoeverre een semipublieke instelling als *onderneming* kan worden beschouwd. In wezen impliceert het ondernemingsbegrip een overheidsbegrip. De redenering is dat wie in de ogen van het Hof *geen* onderneming is (impliciet) als overheid kan worden aangemerkt.[3] Dit blijkt ook de rechtspraak van het Hof. Zo overwoog het Hof in de zaak *Wouters* dat het gaat om de vraag of een entiteit 'als een ondernemersvereniging moet worden aangemerkt dan wel als een overheidsorgaan.'[4] In die zin omvat het ondernemingsbegrip 'a public/private divide', zoals Odudu het omschrijft.[5]

Als een semipublieke instelling niet als onderneming kan worden aangemerkt dan zijn de artikelen 101 (kartelverbod) en 102 (verbod op misbruik van machtspositie) VWEU niet van toepassing. Kan een semipublieke instelling wel als onderneming worden beschouwd, maar verricht zij een dienst van algemeen economisch belang (DAEB), dan zijn deze mededingingsregels evenmin van toepassing. Het verschil is evenwel dat in het eerste geval de uitzondering onvoorwaardelijk is, terwijl in het tweede geval de uitzondering voorwaardelijk is, omdat zij afhankelijk is van de voorwaarden die worden gesteld door artikel 106 lid 2

1 Gerbrandy & Hessel 2004, p. 2-4.

2 Dat neemt niet weg dat het Lid-staten niet is toegestaan om ondernemingen aan te zetten tot overtreding van de mededingingsregels of inbreuken daarop mogen begunstigen, opleggen of versterken. Wilkeshuis 2010, p. 72 onder verwijzing naar HvJ EG 2 juni 1994, C-401/92 en C-402/92 (*'t Heuske*), r.o. 16.

3 Steyger 2005, p. 226-228; Steyger 2007, p. 19; Steyger 2007a, p. 389; Steyger 2010, p. 79.

4 HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, r.o. 56.

5 Odudu 2006, p. 45-54.

VWEU. Op grond van dit artikel kan onder bepaalde voorwaarden een uitzondering worden gemaakt op de toepasselijkheid van de mededingingsregels voor zover een onderneming een dienst van algemeen economisch belang verricht.[6]

Voor het staatssteunverbod is de uitzondering voor een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU eveneens van belang. Dit artikel vormt een uitzondering op de toepassing van de staatssteunregels in geval van steun voor het leveren van een DAEB. In afwijking van de traditionele staatssteunbenadering[7] hanteert het Hof voor een dergelijke DAEB andere eisen. Als is voldaan aan de zogenaamde *Altmark*-criteria,[8] is volgens het Hof geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.[9] In dat geval geldt voor de financiële compensatie voor de DAEB dat deze niet als steun hoeft worden gemeld bij de Europese Commissie.[10]

Aangezien dit onderzoek voor een belangrijk deel gericht is op de grenzen van het overheidsbegrip in het licht van de publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen, wordt in dit hoofdstuk geen alomvattende beschrijving gegeven van alle mededingingrechtelijke aspecten die relevant kunnen zijn voor semipublieke instellingen. Daaraan is in andere onderzoeken reeds uitvoerig

6 Wilkeshuis 2010, p. 73. Zie voor een beschrijving van de gevolgen van de toepasselijkheid van de Europeesrechtelijke mededingingsregels voor hybride organisaties Steyger 2010, p. 77-84; Nijland 2013, p. 245-277.

7 Deze benadering houdt in dat weliswaar sprake is van steun in de zin van artikel 107 VWEU, maar deze eventueel op basis van artikel 106 lid 2 VWEU als verenigbare steun kan worden aangemerkt. Zie Nijland 2013, p. 263.

8 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00 (*Altmark Trans*). Het gaat hier om de volgende vier criteria: (1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn; (2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld; (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen; (4) wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

9 Altmark gaat uit van de zogenaamde 'compensatiebenadering'. Dit houdt in dat de vergoeding die een onderneming van de overheid krijgt voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang niet wordt beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU als is voldaan aan de Altmark-criteria. Een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU om te derogeren aan artikel 107 is dan overbodig. Dit is dus anders dan bij de traditionale 'staatssteunbenadering' waarin weliswaar sprake is van steun in de zin van artikel 107 VWEU, maar deze eventueel op basis van artikel 106 lid 2 VWEU als verenigbare steun kan worden aangemerkt. In het Altmark-arrest koos het Hof, zoals gezegd, voor de compensatiebenadering. Zie Nijland 2013, p. 262-263; Wilkeshuis 2010, p. 90.

10 Zie daarover Wilkeshuis 2010, p. 90-92; Steyger 2005, p. 227; Steyger 2010, p. 83-84; Nijland 2013, p. 262-266.

aandacht besteed.[11] In plaats daarvan ligt in dit hoofdstuk de nadruk op de criteria die bepalend zijn voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels. Gelet hierop wordt in dit hoofdstuk allereerst ingegaan op het begrip onderneming (§ 12.2). Daarna komt artikel 106 lid 2 VWEU aan de orde (§ 12.3). Om de analyse van de abstracte concepten in dit hoofdstuk meer concreet te maken, wordt bij wijze van voorbeeld van zowel woningcorporaties als ProRail nagegaan in hoeverre de mededingingsregels op hen van toepassing zijn. Daartoe wordt ingegaan op de vraag in hoeverre zij als onderneming kunnen worden aangemerkt en in hoeverre zij een dienst van algemeen belang verrichten (§ 12.4). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 12.5).

12.2 Onderneming

12.2.1 Achtergrond

Het huidige VWEU kent geen definitie van het begrip onderneming. In het – zoals welbekend: reeds vervallen – EGKS-Verdrag (art. 80) en het Euratom-Verdrag (art. 196) is daarentegen wel een definitie van het ondernemingsbegrip opgenomen. Het gaat hier om verschillende definities, toegesneden op de eigen context. Het Hof van Justitie heeft het begrip onderneming in het kader van enkele EGKS-zaken gedefinieerd als tot een zelfstandig rechtssubject behorend geheel van persoonlijke, materiële en immateriële factoren, waarmede op duurzame wijze een bepaald economisch doel wordt nagestreefd.[12] Bij de uitleg die het Hof geeft wordt blijkens de rechtspraak met name belang toegekend aan *formele* factoren zoals juridische en organisatorische autonomie.[13]

In het huidige VWEU wordt het begrip onderneming zoals gezegd niet gedefinieerd. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is evenwel nader uitgelegd wat onder het begrip onderneming wordt verstaan. In het arrest *Höfner*[14] definieert het Hof een onderneming als: 'Iedere eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.' Dit betekent dat de kwalificatie naar nationaal recht (publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk) niet relevant is.[15] Het onderscheidende criterium is dus of al dan niet *economische activiteiten* worden verricht. Dit is een *materieel* criterium; formele aspecten zoals de rechtsvorm, de wijzen van financiering en het feit dat een activiteit gewoonlijk aan de overheid is opgedragen zijn niet bepalend.[16]

De aansluiting bij het criterium 'economische activiteit' houdt verband met de doelstellingen van het mededingingsrecht. Volgens Odudu geldt als uitgangspunt dat de mededinging wordt beschermd in het algemeen belang. De

11 Verwezen zij naar Nijland 2013, p. 645-277; Wilkeshuis 2010, p. 72-100.
12 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 1962, 19/61 (*Mannesmann*).
13 Zie Algera 2004, p. 143; Buendia Sierra 1999, p. 30-31.
14 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, r.o. 21.
15 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), r.o. 21.
16 Nijhof 2000, p. 61; Algera 2004, p. 143.

mededingingsregels beogen te verzekeren dat zij die eigen/private belangen behartigen daarmee het publieke belang niet schaden.[17] Vervolgens schrijft Odudu:

> 'The functional approach set out in *Höfner* identifies the occupants of the private sphere as self-interested and uses the proxy of *homo economicus* to populate the sphere: economic actors are characterized as rational maximizers of *self*-interest. When an entity has the potential to make profit by taking the financial risk of offering goods or services to the market, they are engaged in economic activity and can be *presumed* to persue private self-interest. The presumtion that *homo economicus* is a rational maximizer of self-interest justifies the application of the substantive rules contained in EC competition law, which are applied to ensure that those persuing their private self-interest do not restrict competition, which is protected in the public interest.'[18]

Het verband tussen de doelstellingen van de mededingingsregels en het verrichten van economische activiteiten kan dus als volgt worden omschreven. Als economische activiteiten worden verricht, moet worden aangenomen dat dit gebeurt in het eigen belang. En wie handelt in het eigen belang zal ernaar streven dat belang te maximaliseren. Daarom is het gerechtvaardigd dat de mededingingsregels toepassing vinden wanneer economische activiteiten worden verricht, omdat die regels ertoe dienen tegen te gaan dat het maximaliseren van het eigen belang de mededinging verstoort. En de mededinging wordt weer beschermd in het algemeen belang. Dit rechtvaardigt ook dat instellingen die *geen* economische activiteiten verrichten, niet zijn onderworpen aan de mededingingsregels. Dergelijke instellingen behartigen alleen het algemeen belang, en de mededingingsregels dienen juist ter bescherming van het algemeen belang.

De keuze voor een materieel ondernemingsbegrip draagt voorts bij aan de waarborging van de eenheid en doeltreffendheid van het Europese recht.[19] Het voorkomt bijvoorbeeld dat lidstaten door de keuze van een bepaalde organisatorische vorm aan de regels van het mededingingsrecht kunnen ontsnappen. Dat zou immers afbreuk doen aan de eenheid en doeltreffendheid van de mededingingsregels.[20]

17 Odudu 2006, p. 50.
18 Odudu 2006, p. 51.
19 HvJ EG 16 juni 1987, 118/85 (*Transparantierichtlijnarrest*), r.o. 11.
20 Vergelijk Steyger 1996, p. 67 en Wilkeshuis 2010, p. 72.

12.2.2 *Economische activiteiten*[21]

Economische activiteiten zijn blijkens het *Transparantierichtlijnarrest*:[22] 'activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt'. Meer in het bijzonder acht het Hof de volgende criteria van belang bij de vraag naar het bestaan van 'economische activiteiten'. In de eerste plaats duidt *concurrentie* op economische activiteiten.[23] In de tweede plaats wijst ook 'het verrichten van diensten tegen betaling' in de richting van economische activiteiten, evenals, in de derde plaats, 'het dragen van de financiële risico's bij de uitoefening van deze activiteiten.'[24] Ten vierde kan het bestaan van economische activiteiten gebaseerd worden op het feit dat een bepaalde activiteit ook door private instellingen kan worden verricht.[25] De aanwezigheid van winstoogmerk is geen noodzakelijk vereiste voor het zijn van onderneming.[26] Wel moet de mogelijkheid (potentie) bestaan dat met de activiteit winst kan worden gemaakt.[27] Ook het bestaan van een directe betalingsrelatie tussen afnemer en aanbieder is geen noodzakelijk vereiste, hoewel de activiteiten vaak wel economisch gewaardeerd kunnen worden.[28]

12.2.3 *Niet-economische activiteiten*

De andere kant van de medaille is dat de uitoefening van niet-economische activiteiten betekent dat van een onderneming geen sprake is. In wezen gaat het hier om de vraag wanneer het Hof van Justitie een instelling in de context van het mededingingsrecht als 'overheid' (en dus niet als onderneming) beschouwt. Dat

---

21 Nijhof 2000, p. 61-62 en Gerbrandy & Hessel 2004, p. 37-42 met jurisprudentieverwijzingen. Zie voor een overzicht van de rechtspraak van het Hof ook de Mededeling van de Europese Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (Brussel, 20 december 2011, COM/2011/ 9404 def.). Deze mededeling is op 11 januari 2012 gepubliceerd (*PbEU* 2012, C 8/4).

22 HvJ EG 16 juni 1987, 118/85.

23 HvJ EG 16 november 1995, C-244/94 (*FFSA*); HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*); HvJ EG 21 september 1999, C-115/97 t/m 117/97 (*Brentjens*); HvJ EG 21 september 1999, C-219/97 (*Drijvende Bokken*).

24 HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96 (*Commissie/Italië*).

25 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), r.o. 22; HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99 (*Glöckner*), r.o. 20. A-G Jacobs spreekt zelfs van een essentiële omstandigheid: 'Zoals ik in een vorige conclusie heb gesuggereerd, is het bij de beoordeling of een activiteit een economisch karakter heeft van essentieel belang of die activiteit, althans in beginsel door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst.' Overweging 78 uit de conclusie van 27 oktober 2005, C-222/04 (*Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA*). Zie over dit element en het verband met de potentie om winst te maken Odudu 2006, p. 35-37.

26 HvJ EG 16 november 1995, C-244/94 (*FFSA*), r.o. 21 en HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99 (*Glöckner*).

27 Odudu 2006, p. 36.

28 Gerbrandy & Hessel 2004, p. 40-41 onder verwijzing naar HvJ EG 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91 (*Poucet en Pistre*).

is het geval als de betreffende activiteiten van *zuiver sociale aard* zijn of wanneer sprake is van de *uitoefening van overheidsgezag*.[29]

In het arrest *Poucet en Pistre* oordeelde het Hof dat (private) ziekenfondsen die slechts de wet toepassen en op geen enkele wijze de hoogte van de premies, het gebruik van de fondsen of de vaststelling van het niveau van de prestaties kunnen beïnvloeden, een *taak van zuiver sociale aard* verrichten en hun werkzaamheid geen economische activiteit is. Hun werkzaamheid berust immers op het beginsel van nationale solidariteit en mist ieder winstoogmerk. De betaalde uitkeringen zijn wettelijke uitkeringen, die niet afhangen van het bedrag van de premies.[30] Vier criteria zijn dus bepalend: 'een sociaal doel zonder winstoogmerk, het solidariteitsbeginsel dat eraan ten grondslag ligt, een wettelijke basis waarin overheidstoezicht een plaats heeft en het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid.'[31] De criteria zijn blijkens de jurisprudentie cumulatief. De rechtspraak van het Hof van Justitie laat voorbeelden zien waarin weliswaar aan een deel van de criteria is voldaan, maar desalniettemin werd geoordeeld dat sprake van economische activiteiten. Zo is het enkel ontbreken van winstoogmerk, het nastreven van een sociaal doel of het feit dat de instelling onder een overheidsregeling valt waarin onder meer solidariteitseisen worden gesteld, onvoldoende gebleken voor het oordeel dat een niet-economische activiteit wordt verricht.[32] Die factoren kunnen vervolgens wel weer een rol spelen bij de vraag of de instelling een dienst van algemeen belang uitoefent in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU.[33] Vooralsnog is de rechtspraak die is ingezet met *Poucet en Pistre* beperkt gebleven tot private uitvoerders van sociale zekerheidssystemen.[34]

Naast het verrichten van activiteiten van zuiver sociale aard, kan ook de *uitoefening van overheidsgezag* als niet-economische activiteit worden aangemerkt. Het begrip overheidsgezag wordt door het Hof niet in abstracto geformuleerd, maar

29 Zie voor een overzicht van de rechtspraak van het Hof ook de Mededeling van de Europese Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (Brussel, 20 december 2011, COM/2011/ 9404 def.). Deze mededeling is op 11 januari 2012 gepubliceerd (*PbEU* 2012, C 8/4).

30 HvJ EG 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91.

31 Nijhof 2000, p. 63. Vergelijk ook Gerbrandy & Hessel 2004, p. 64-70, die meer abstracte factoren noemen, namelijk: (1) de aard en het doel van het stelsel. Is sprake van een sociaal doel en is het stelsel gebaseerd op onderlinge solidariteit?; (2) de regels waaraan de instelling is onderworpen. Is er een wettelijke basis en in hoeverre heeft de instelling een discretionaire bevoegdheid?; (3) de afwezigheid van concurrentie. De aanwezigheid van concurrentie duidt op economische-activiteiten.

32 Nijhof 2000, p. 63 verwijst naar HvJ EG 16 november 1995, C-244/94 (*FFSA*); HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*); HvJ EG 21 september 1999, C-115/97 t/m 117/97 (*Brentjens*); HvJ EG 21 september 1999, C-219/97 (*Drijvende Bokken*). Zie ook HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK*), r.o. 49.

33 Zie Nijhof 2000, p. 63, p. 65 en p. 67.

34 Zie naast *Poucet en Pistre* ook HvJ EG 22 februari 2002, C-218/00 (*Cisal*) en HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK*). Zie hierover ook Steyger 2005, p. 227 en Steyger 2007, p. 19. Dat neemt niet weg dat ook wel van publieke ziekenhuizen en openbaar onderwijsinstellingen is bepaald dat zij geen economische activiteiten verrichten. Zie GvEA EG 4 maart 2003, T-319/99 (*FENIN*) respectievelijk HvJ EG 11 september 2007, C-318/05.

het Hof zoekt wel steeds aansluiting bij de omschrijving van A-G Mayras in de conclusie in de zaak *Reyners*. A-G Mayras omschrijft openbaar gezag als: '(...) het gezag dat zijn bron vindt in de soevereiniteit, het imperium van de staat; voor degene die het uitoefent, impliceert het gebruik van bijzondere bevoegdheden van publiekrechtelijke aard, van overheidsprivileges, van zeggenschap over burgers. Het mede uitoefenen van dat gezag kan dus slechts uitgaan van de staat zelf, hetzij rechtstreeks, hetzij door delegatie aan zekere personen, welke niet per se in overheidsdienst hoeven te staan.'[35]

In de zaak *Eurocontrol*[36] oordeelt het Hof bijvoorbeeld dat Eurocontrol, een internationale organisatie opgericht door verschillende staten en belast met de luchtverkeersveiligheid, geen onderneming is. Volgens het Hof komen de werkzaamheden van Eurocontrol wegens hun *aard* en hun *doel* en de *regels waaraan zij zijn onderworpen*, neer op het uitoefenen van prerogatieven inzake de controle en de politie van het luchtruim, die typisch overheidsprerogatieven zijn. Zij hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag zou kunnen rechtvaardigen.[37]

In de literatuur wordt aangenomen dat de volgende factoren een rol spelen bij de vraag naar overheidsgezag:[38]

- de aard van de activiteiten;
- het doel van de activiteiten en de regels waaraan de activiteiten zijn onderworpen;
- is er sprake van zorg voor collectieve goederen, zoals de verdediging van het landsbelang, dijkbewaking en openbareorde- en toezichtactiviteiten, dan zal er sprake zijn van overheidsprerogatieven;
- als er geen vraag zou zijn naar de goederen of diensten wanneer deze commercieel zouden worden aangeboden (er is sprake van marktfalen), dan is er waarschijnlijk geen sprake van economische activiteiten;
- is er daadwerkelijk geen sprake van particulier initiatief (dus geen sprake van concurrentie), of is dat feitelijk onmogelijk, dan duidt dat op niet-economische activiteiten;
- het exclusief aanbieden van diensten is niet voldoende voor het aannemen van een overheidsprerogatief, anders zouden monopolisten geen ondernemingen kunnen zijn.[39]

35 Conclusie bij zaak 2/74 (*Reyners*).

36 HvJ EG 19 januari 1994, C-364/92.

37 R.o. 30. Zie ook HvJ EG 18 maart 1997, C-343/95 (*Diego Cali & Figli*); GvEA EG 12 december 2000, T-128/98 (*Aeroports de Paris*); HvJ EG 26 maart 2009, C-113/07 P (*Selex Sistemi Integrati*).

38 Widdershoven e.a. 2007, p. 48; Gerbrandy & Hessel 2004, p. 58.

39 Vergelijk A-G Tesauro in zijn conclusie bij de zaak Eurocontrol. Hij overweegt dat 'het dwingend en exclusief karakter van het gebruik van de installaties en diensten van een orgaan, of de eenzijdige vaststelling van de wijze van invordering van de bijdragen van de particulieren, (...) op zich niet [volstaan] om het economisch karakter van een activiteit en de toepasselijkheid daarop van de mededingingsregels uit te sluiten; was dit wel het geval, dan zouden ook de openbare telecommunicatie-ondernemingen of de posterijen geen economisch karakter hebben, en, zoals bekend, hebben zij dat wel.' Conclusie van 10 november 1993, C-364/92, r.o. 11.

Steeds gaat hier om *aanwijzingen* die wijzen in de richting van de afwezigheid van economische activiteiten. In het geval dat een combinatie van dergelijke factoren onvoldoende aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat de instelling geen onderneming is, dan kunnen de factoren nog van betekenis zijn in het kader van artikel 106 lid 2 VWEU.[40]

12.2.4 Voor zover

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat semipublieke instellingen die overheidsgezag uitoefenen geen ondernemingen zijn. De vraag rijst wat er gebeurt als dergelijke instellingen daarnaast ook commerciële taken gaan verrichten. Kan het uitoefenen van overheidsgezag dan worden afgesplitst van de commerciële taken, zodat de instelling voor de uitoefening van het overheidsgezag niet als onderneming wordt gezien en voor de commerciële taken wel? Op dit punt zijn verschillende theorieën ontwikkeld; geen van deze theorieën kan vooralsnog daadwerkelijk als leidend worden beschouwd.[41]

Allereerst wordt de 'splitsingstheorie' onderscheiden. De splitsingstheorie houdt in dat een instelling zowel economische als niet-economische activiteiten kan verrichten. Alleen de economische activiteiten, die kunnen worden afgesplitst van de niet-economische activiteiten, zijn onderworpen aan de mededingingsregels. Dit betekent dat een instelling alleen als onderneming wordt aangemerkt voor zover het de economische activiteiten betreft.[42] Deze benadering lijkt dominant te zijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie[43] en in de beleidsregels van de Europese Commissie.[44] Het is van belang op te merken dat een instelling alleen voor wat betreft haar economische activiteiten als onderneming wordt aangemerkt als die economische activiteiten kunnen worden *losgekoppeld* van de niet-economische activiteiten. Het komt wel voor dat een instelling slechts marginale economische activiteiten verricht ten behoeve van haar niet-economische kernactiviteiten die daar niet van kunnen worden losgekoppeld. In dat geval wordt de instelling voor al haar activiteiten niet als onderneming beschouwd, ook voor wat betreft de marginale economische activiteiten.[45] Er wordt in dit verband wel gesproken van de 'koppelingstheorie'.[46]

---

40 Nijhof 2000, p. 65 en p. 67.

41 Zie hierover uitgebreid Saanen 2013, p. 53-60.

42 Saanen 2013, p. 53-54.

43 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-354/01 en C-355/01 (*AOK*); HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11 (*Compass-Datenbank*).

44 Zie bijvoorbeeld randnummer 9 van de Mededeling van de Europese Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (Brussel, 20 december 2011, COM/2011/9404 def.). Deze mededeling is op 11 januari 2012 gepubliceerd (*PbEU* 2012, C 8/4).

45 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11 (*Compass-Datenbank*).

46 Saanen 2013, p. 54, p. 58-59.

Ten tweede kan de 'conversietheorie' worden onderscheiden.[47] Deze theorie werd met name aangehangen door Steyger.[48] De conversietheorie houdt in dat wanneer een instelling een economische activiteit verricht dit tot gevolg heeft dat zij als zodanig als onderneming wordt aangemerkt. Dit geldt dan voor al haar activiteiten. Indien de instelling voorheen overheidsgezag uitoefende, dat van de commerciële taken kan worden onderscheiden, dan kan het betrokken overheidsgezag in dat geval worden *geconverteerd* tot dienst van algemeen economisch belang waarop de mededingingsregels op grond van artikel 106 lid 2 VWEU bij wijze van uitzondering niet van toepassing zijn.[49] Aanknopingspunten voor de conversietheorie vindt Steyger in het arrest *Aeroports de Paris*. Door Aeroports de Paris werden naast overheidsprerogatieven, in de vorm van het beheer van installaties die onder het openbaar domein vallen, ook commerciële diensten uitgevoerd zoals luchthavenbeheerdiensten en grondafhandelingsdiensten, waarvoor een commerciële vergoeding werd betaald. Doordat Aeroports de Paris commerciële activiteiten verricht, is niet uitgesloten dat deze instelling, hoewel zij is belast met een overheidsprerogatief, als onderneming wordt aangemerkt. Het Gerecht van Eerste aanleg overweegt in dit verband:

> 'Eveneens moet worden gepreciseerd, dat de mededingingsbepalingen van het Verdrag van toepassing blijven op activiteiten van een orgaan die ook buiten de context van zijn activiteiten als overheidsinstantie kunnen worden verricht (...).
> Daaruit volgt, dat de omstandigheid dat ADP een overheidsinstantie is die onder het gezag is geplaatst van de minister die bevoegd is voor de burgerluchtvaart, en zich bezighoudt met het beheer van installaties die onder het openbaar domein vallen, op zich niet kan uitsluiten, dat deze instantie in casu kan worden beschouwd als een onderneming in de zin van artikel 86 van het Verdrag.'[50]

Steyger schrijft hierover: 'Wat het gerecht hier vaststelt, is dat zodra een entiteit activiteiten uitoefent die onder de mededingingsbepalingen vallen, de entiteit kwalificeert als een onderneming. Doordat een gedeelte van deze activiteiten als overheidsprerogatief zijn aan te merken, wordt de entiteit geen onderneming sec in de zin van art. [101 VWEU], maar valt deze voor wat betreft de van de mededingingsrecht uitgezonderde activiteiten onder art. [106 lid 2 VWEU]. Dit gebeurt zodra de entiteit naast haar activiteiten die als overheidsprerogatief kwalificeren, commerciële activiteiten gaat uitoefenen. En dat heeft tot onmiddellijke gevolg dat de "niet-economische dienst van algemeen belang", of zo u wilt, het buiten het (...) Verdrag vallende overheidsprerogatief, converteert tot een "dienst van algemeen

47 Saanen 2013, p. 55.

48 Naar aanleiding van het arrest *Motoe* (HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07), waarin de conversietheorie wordt gerelativeerd, heeft Steyger haar opvatting genuanceerd. Uit haar annotatie onder dit arrest (*AB* 2008, 258) blijkt reeds dat Steyger de later door Saanen in haar dissertatie neergelegde 'gematigde conversietheorie' onderschrijft.

49 Steyger 2007a, p. 387-388; Steyger 2007, p. 20-21; Steyger in haar annotatie onder Gerecht EU 16 december 2010, T-231/06 en T-237/06, *AB* 2011, 52 (*NOS*). Zie over artikel 106 lid 2 VWEU en de diensten van algemeen economisch belang hierna § 12.3.

50 GvEA EG 12 december 2000, T-128/98, r.o. 108-109, aangehaald door Steyger 2007a, p. 387-388.

economisch belang" in de zin van art. [106 lid 2 VWEU].'[51] Volgens Steyger is het Gerecht wel genoodzaakt om de gehele instelling als onderneming aan te merken, omdat anders de overheidsprerogatieven of het overheidsgezag waarmee de instelling is belast buiten de mededingingsregels als zodanig vallen waardoor de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU niet van toepassing zou zijn.[52] In dat geval zou het Gerecht alleen bevoegd zijn om de commerciële activiteiten te beoordelen in het licht van artikel 101 en 102 VWEU. Het Gerecht zou dan echter niet in staat zijn om de uitoefening van het overheidsgezag te toetsen aan artikel 106 lid 2 VWEU; dit artikel is immers alleen van toepassing op ondernemingen. Steyger: 'Het idee dat het Hof een entiteit, waarvan niet in het geding is dat het één entiteit is, en waarvan de publieke taken en commerciële activiteiten verweven zijn, gaat splitsen en slechts voor een beperkt aantal activiteiten tot onderneming verklaart, is ondoenlijk en zou ook ontwijking van de communautaire mededingingsregels kunnen opleveren.'[53] De conversietheorie is vooral terug te zien in de beschikkingen van de Europese Commissie.[54]

Ten slotte wordt door Saanen de 'gematigde conversietheorie' onderscheiden, die kan worden beschouwd als een tussenvorm van de splitsingstheorie en de conversietheorie. De gematigde conversietheorie wordt, zoals gezegd, inmiddels ook door Steyger onderschreven.[55] Evenals bij de conversietheorie geldt als uitgangspunt dat wanneer ten minste een van de activiteiten economisch van aard is, de entiteit als zodanig als onderneming wordt beschouwd. De matiging van de conversietheorie zit volgens Saanen in de vervolgstap: 'voor de materiële toetsing of het mededingingsrecht wordt geschonden, wordt namelijk gekeken naar de aard van de activiteit waar de overheidsbijdrage op is gericht. Betreft het een niet-economische activiteit, dan vindt in de regel ook geen schending van het mededingingsrecht plaats. In de gematigde conversietheorie wordt derhalve geaccepteerd dat een onderneming ook niet-economische activiteiten kan uitoefenen.'[56] Aanknopingspunten voor deze benadering vindt Saanen in het arrest *Leipzig-Halle* van het Gerecht van Eerste Aanleg, waaruit blijkt dat een overheidsbijdrage niet kan worden aangemerkt als steun indien zij wordt aangewend voor taken die niet economisch van aard zijn, ook al worden deze verricht door een entiteit die ook economische activiteiten verricht.[57]

12.3 Artikel 106 lid 2 VWEU

Een uitzondering op de toepasselijkheid van de mededingingsregels wordt gevormd door artikel 106 lid 2 VWEU. Dit artikel beoogt een evenwicht te vinden

51 Steyger 2007a, p. 388.
52 De uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU is alleen van toepassing op ondernemingen.
53 Steyger 2007a, p. 388-389.
54 Zie Saanen 2013, p. 56 onder verwijzing naar de beschikking van 15 december 2009, 2011/784/EU en de beschikking van 13 juli 2011 inzake steunmaatregel N 308/2010.
55 Zie haar annotatie onder HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, *AB* 2008, 258 (*Motoe*).
56 Saanen 2013, p. 57.
57 Saanen 2013, p. 57-58 onder verwijzing naar Gerecht EU 24 maart 2011, T-443/08 en T-455/08.

tussen het doel van de EU om een gemeenschappelijke markt te creëren enerzijds en de nationale publieke belangen anderzijds.[58] Artikel 106 lid 2 VWEU bepaalt:

> 'De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling in het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de gemeenschap.'

Ondernemingen die in strijd handelen met een verdragsartikel, zoals artikel 102 VWEU, waarin het verbod om misbruik te maken van een machtspositie is neergelegd, kunnen rechtstreeks een *beroep* doen op de uitzondering neergelegd in artikel 106 lid 2 VWEU. Daarnaast maakt dit artikel het voor lidstaten mogelijk een *speciaal regime* te hanteren voor ondernemingen die met een dienst van algemeen economisch belang zijn belast.[59] Omdat artikel 106 lid 2 VWEU een uitzondering betreft, moet de uitzondering *strikt* worden geïnterpreteerd.[60]

De uitzondering geldt in de eerste plaats alleen als sprake is van een *dienst van algemeen economisch belang* (DAEB).[61] Een dienst kan zowel de levering van goederen als diensten omvatten.[62] Het is in beginsel aan de lidstaten om te bepalen welke diensten zij als DAEB aanmerken. De lidstaten hebben daarbij een ruime beoordelingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid van de lidstaat betreffende de definitie van dienst van algemeen economisch belang wordt bevestigd door het ontbreken van zowel een speciaal aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheid als een nauwkeurige en volledige definitie van het begrip dienst van algemeen economisch belang in het gemeenschapsrecht. De bevoegdheid om de diensten van algemeen economisch belang te definiëren, is niet onbeperkt en deze bevoegdheid kan niet willekeurig worden uitgeoefend enkel om een bepaalde sector, zoals die van telecommunicatie, aan de toepassing van de mededingingsregels te onttrekken.[63] Een DAEB impliceert een algemeen of openbaar belang. Daarin onderscheidt een DAEB zich van de diensten die een privébelang dienen, ook al kan dit belang meer of minder collectief zijn dan wel door de lidstaat als legitiem of nuttig

58 Wilkeshuis 2010, p. 80.

59 Wilkeshuis 2010, p. 80-81.

60 GvEA EG 19 juni 1997, T-260/94 (*Air Inter*), r.o. 135. Het verdient opmerking dat in de literatuur wordt geconstateerd dat artikel 106 lid 2 VWEU niet alleen van belang is in de context van het mededingingsrecht, maar dat het artikel een autonome grondslag zou kunnen vormen ter rechtvaardiging van overheidsingrijpen. Dit zou er volgens Wilkeshuis toe kunnen leiden dat uitzonderingen ruimhartiger worden aanvaard. Wilkeshuis 2010, p. 42.

61 Of als sprake is van een fiscaal monopolie. Die categorie blijft hier buiten beschouwing. De uitzondering op grond van de DAEB is namelijk het meest relevant voor semipublieke instellingen. Bovendien ziet de rechtspraak met name op de DAEB.

62 Wilkeshuis 2010, p. 43; Steyger 2007a, p. 385.

63 GvEA EG 12 februari 2008, T-2879/03 (*BUPA*), r.o. 165-168.

worden erkend.[64] Bij dit laatste valt te denken aan ondernemingen die private intellectuele eigendomsrechten beheren.[65]

In de jurisprudentie van het Hof zijn verschillende activiteiten aangemerkt als DAEB in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU, zoals: arbeidsbemiddeling, postbezorging, het exploiteren van niet-rendabele openbaarvervoerlijnen, het verzorgen van televisie-uitzendingen in de vorm van broadcasting, elektriciteitsvoorziening tegen uniforme tarieven en op voorwaarden die slechts op objectieve, voor alle afnemers geldende criteria mogen variëren, ambulancevervoer en belastingactiviteiten.[66] De jurisprudentie is tamelijk casuistisch, waardoor geen algemene uitspraken gedaan kunnen worden over het concept DAEB. Daarbij zij opgemerkt dat het begrip ook dynamisch van aard is. Wordt een bepaalde dienst geliberaliseerd dan zal het zijn aanvankelijke status als DAEB verliezen.[67]

Het gaat er verder om dat er sprake is van een overheidsbesluit waarbij de betrokken ondernemers worden belast met een taak van algemeen economisch belang, en dat die taak universeel en verplicht van aard is.[68] De in dit overheidsbesluit betrokken verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang moeten duidelijk zijn omschreven.[69] Een onderneming wordt met een DAEB *belast*, als sprake is van specifieke overheidssturing door een overheidsorgaan. Het opleggen van een DAEB door de overheid is niet aan een specifieke juridische vorm gebonden. Een DAEB kan worden opgelegd door middel van een publiekrechtelijke concessieovereenkomst.[70] Het is niet zeker of ook privaatrechtelijke overeenkomsten daarvoor in aanmerking komen. Dat geldt ook voor publiek aandeelhouderschap.[71] Voorts moet de taak *universeel* zijn. Deze eis wordt niet strikt uitgelegd. Het betekent namelijk niet dat de betrokken dienst moet voorzien in een behoefte die de gehele bevolking gemeen heeft of op het gehele grondgebied moet worden verricht.[72] Een dienst is *verplichtend* van aard als 'de met een dergelijke taak belaste ondernemer verplicht is die dienst te verstrekken aan elke gebruiker die daarom vraagt. Met andere woorden, de verplichte aard van de dienst en dus het bestaan van een taak van algemeen economisch belang zijn bewezen, indien de dienstverlener verplicht is contracten te sluiten tegen vaste condities, zonder de andere contractpartij te kunnen afwijzen. Laatstgenoemd element biedt de mogelijkheid de onder een taak van algemeen economisch belang vallende dienst te onderscheiden van alle andere op de markt verrichte diensten en dus van alle andere volledig vrij uitgeoefende activiteiten.'[73]

64 GvEA EG 12 februari 2008, T-2879/03 (*BUPA*), r.o. 178.
65 Zie HvJ EG 27 maart 1974, 127/73 (*Belgische radio en televisie*), r.o. 23, aangehaald door Wilkeshuis 2010, p. 45.
66 Steyger 2007a, p. 385 met jurisprudentieverwijzingen; Wilkeshuis 2010, p. 45-46.
67 Steyger 2007a, p. 385; Wilkeshuis 2010, p. 47.
68 GvEA EG 12 februari 2008, T-2879/03 (*BUPA*), r.o. 172. Zie Wilkeshuis 2010, p. 82 en p. 91-92.
69 GvEA EG 12 februari 2008, T-2879/03 (*BUPA*), r.o. 181.
70 HvJ EG 27 april 1994, C-393/92 (*Almelo*), r.o. 47.
71 Wilkeshuis 2010, p. 82, p. 84 en p. 91.
72 GvEA EG 12 februari 2008, T-2879/03 (*BUPA*), r.o. 186.
73 GvEA EG 12 februari 2008, T-2879/03 (*BUPA*), r.o. 190.

De uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU is, in de tweede plaats, alleen van toepassing voor zover de toepassing van de mededingingsregels, in feite of in rechte, de DAEB niet verhindert. Het gaat hier om een *proportionaliteitstoets*. Deze toets is beslissend voor de beantwoording van de vraag of de door de staat genomen maatregelen ter regulering van de DAEB verenigbaar zijn met het EU-recht.[74] Het is niet helder waar precies de grenzen liggen van de proportionaliteitstoets. Wilkeshuis ontwaart een slingerbeweging in de jurisprudentie.[75] Aanvankelijk hanteerde het Hof een strikte benadering, die inhoudt dat het mededingingsrecht van toepassing is, tenzij wordt aangetoond dat toepassing daarvan onverenigbaar is met de uitoefening van de DAEB. Dit betekent dat mededingingsbeperkende maatregelen in beginsel niet zijn toegestaan. In latere rechtspraak wordt een ander uitgangspunt gehanteerd, op grond waarvan mededingingsbeperkende maatregelen in beginsel wel zijn toegestaan, zolang de beperkingen noodzakelijk zijn ter verzekering van de DAEB. Inmiddels gebruikt het Gerecht van Eerste Aanleg weer een strenge proportionaliteitstoets. Die lijn is echter nog niet bevestigd in de jurisprudentie van het Hof.

Ten slotte is in de laatste zin van artikel 106 lid 2 VWEU nog een uitzondering op de uitzondering geformuleerd. De mededingingsregels zijn op grond hiervan wel weer van toepassing als de ontwikkeling in het handelsverkeer wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de gemeenschap. Niet duidelijk is wat de precieze betekenis is van deze bepaling. De vraag is of zij wel zelfstandige betekenis heeft of dat het criterium onderdeel uitmaakt van de proportionaliteitstoets. Bovendien is een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU nog nooit afgewezen op grond van de laatste volzin terwijl wel aan de elementen van de eerste volzin is voldaan.[76]

Artikel 106 lid 2 VWEU is niet alleen van betekenis als uitzondering op de artikelen 101 (kartelverbod) en artikel 102 (verbod op misbruik van machtspositie). Voor het staatssteunverbod is de uitzondering voor een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU eveneens van belang. Dit artikel vormt een uitzondering op de toepassing van de staatssteunregels in geval van steun voor het leveren van een DAEB. In afwijking van de traditionele staatssteunbenadering[77] hanteert het Hof voor een dergelijke DAEB andere eisen. Als is voldaan aan de zogenaamde *Altmark*-criteria,[78] is volgens het Hof geen sprake

74 Wilkeshuis 2010, p. 95.

75 Wilkeshuis 2010, p. 82-83, p. 95-100 met jurisprudentieverwijzingen.

76 Wilkeshuis 2010, p. 83.

77 Deze benadering houdt in dat weliswaar sprake is van steun in de zin van artikel 107 VWEU, maar deze eventueel op basis van artikel 106 lid 2 VWEU als verenigbare steun kan worden aangemerkt. Zie Nijland 2013, p. 263.

78 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00 (*Altmark Trans*). Het gaat hier om de volgende vier criteria: (1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn; (2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld; (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen; (4) wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten

van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.[79] In dat geval geldt voor de financiële compensatie voor de DAEB dat deze niet als steun hoeft worden gemeld bij de Europese Commissie.[80]

12.4 Rode draad

12.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Europese mededingingsregels van toepassing zijn op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Daartoe wordt ingegaan op de vraag in hoeverre zij als onderneming kunnen worden aangemerkt en in hoeverre zij een dienst van algemeen belang verrichten.

12.4.2 Woningcorporaties (toegelaten instellingen)

Woningcorporaties kunnen worden aangemerkt als onderneming. Volgens de Europese Commissie zijn het verhuren van woningen aan particulieren, het verhuren van maatschappelijk vastgoed, het verhuren van commercieel vastgoed, het bouwen en onderhouden van plaatselijke infrastructuur aan te merken als economische activiteiten. Deze activiteiten worden volgens de Commissie verricht in concurrentie met particuliere vastgoedeigenaren, met particuliere vastgoedontwikkelaars en particuliere aannemers.[81] Dit betekent dat woningcorporaties

---

onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

79 Altmark gaat uit van de zogenaamde 'compensatiebenadering'. Dit houdt in dat de vergoeding die een onderneming van de overheid krijgt voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang niet wordt beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU als is voldaan aan de Altmark-criteria. Een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU om te derogeren aan artikel 107 is dan overbodig. Dit is dus anders dan bij de traditionale 'staatssteunbenadering' waarin weliswaar sprake is van steun in de zin van artikel 107 VWEU, maar deze eventueel op basis van artikel 106 lid 2 VWEU als verenigbare steun kan worden aangemerkt. In het Altmark-arrest koos het Hof, zoals gezegd, voor de compensatiebenadering. Zie Nijland 2013, p. 262-263; Wilkeshuis 2010, p. 90.

80 Zie daarover Wilkeshuis 2010, p. 90-92; Steyger 2005, p. 227; Steyger 2010, p. 83-84; Nijland 2013, p. 262-266.

81 Europese Commissie, beschikking van 15 december 2009, Steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 (*Nederland. Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties*), r.o. 12. Ook de NMA (thans: Autoriteit Consument en Markt) beschouwt woningcorporaties als ondernemingen. Zie het besluit van 4 maart 1999, nr. 553/23 (*Amsterdamse Federatie van Woningcorporaties*), r.o. 46. Dit geldt tevens voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zie ABRvS 19 december 2007, *AB* 2008, 48 (*Woningstichting Sint Servatius*; m.nt.

zich moeten houden aan de mededingingsregels, waaronder het kartelverbod (art. 101 VWEU)[82] en het verbod van machtsmisbruik (art. 102 VWEU). Daarnaast geldt in beginsel het verbod van staatssteun (art. 107 VWEU).

Een uitzondering op de toepasselijkheid van de mededingingsregels is mogelijk voor zover de activiteiten van woningcorporaties kunnen worden aangemerkt als dienst van algemeen economisch belang (DAEB) in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU. Door de Europese Commissie wordt de DAEB voor woningcorporaties omschreven als 'sociale huisvesting voor achterstandsgroepen of sociaal kansarme groepen welke, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden'.[83] De activiteiten van woningcorporaties die als DAEB kunnen worden aangemerkt zijn (a) de bouw en verhuur van woningen aan particulieren, (b) infrastructuur die verband houdt met sociale huisvesting en (c) de bouw en verhuur van maatschappelijk vastgoed.[84]

De uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU is voor woningcorporaties met name relevant voor de toelaatbaarheid van de staatssteun die zij ontvangen. Op grond van een besluit van 15 december 2009 van de Europese Commissie, inzake bestaande steun en bijzondere projectsteun voor Nederlandse woningcorporaties, is het mogelijk dat woningcorporaties onder bepaalde voorwaarden staatssteun ontvangen voor hun DAEB. Het commissiebesluit is vooralsnog omgezet in de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting[85] en zal in de toekomst worden geïmplementeerd in de Woningwet via de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting.[86] Naast het feit dat woningcorporaties thans alleen compensatie kunnen ontvangen voor hun DAEB, heeft het commissiebesluit en de implementatie daarvan nog twee

---

Steyger). Zie over het ondernemingskarakter van woningcorporaties ook Lavrijssen & Verduijn 2010, p. 808 en Janssen 2011, p. 76.

82 Zie over woningcorporaties en het kartelverbod Lavrijssen & Verduijn 2010, p. 808-816.

83 Zie de Vrijstellingsbeschikking van 28 november 2005, *PbEU* 2005, L 312/67, preambule punt 16. In de nieuwe vrijstellingsbeschikking van de Europese Commissie wordt dezelfde omschrijving gehanteerd. Zie Besluit van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (COM/2011/ 9380), preambule punt 11. Dit besluit is op 11 januari 2012 gepubliceerd (*PbEU* 2012, L 7/3). Zie over dit nieuwe besluit Knook 2012. De omschrijving van de DAEB door de Europese Commissie is door de Nederlandse regering overgenomen. Zie daarover Hessel 2010, p. 773-775.

84 Zie Europese Commissie, beschikking van 15 december 2009, Steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 (*Nederland. Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties*). In ABRvS 19 december 2007, *AB* 2008, 48 (*Woningstichting Sint Servatius*; m.nt. Steyger) stelde de Afdeling de prejudiciële vraag of 'ondernemingen, zoals toegelaten instellingen (...), die enerzijds hun hele vermogen dienen in te zetten ten behoeve van het belang van de volkshuisvesting, maar die anderzijds ook commerciële activiteiten ten behoeve van de volkshuisvesting verrichten, voor alle of een gedeelte van hun taken worden aangemerkt als ondernemingen die zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang als bedoeld in artikel [106 lid 2 VWEU].' (vraag 5.a.). Die vraag werd uiteindelijk niet beantwoord door het Hof van Justitie. Zie HvJ EG 1 oktober 2009, C-567/07, *BR* 2010, 13 (m.nt. Hessel).

85 Besluit van 8 november 2010, *Stcrt.* 2010, 17515.

86 Zie Afdeling 3, §3 van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting.

belangrijke gevolgen. Zo moet ten minste 90% van het woningbestand worden toegewezen aan huishoudens met een maximaal inkomen van € 34.678 (prijspeil 2014). Daarnaast moeten woningcorporaties een gescheiden administratie voeren ten aanzien van de baten en lasten van de DAEB en de baten en lasten ten aanzien van de overige economische activiteiten.[87] Inmiddels heeft de Europese Commissie op 20 december 2011 een nieuwe vrijstellingsbeschikking gegeven over het verlenen van staatssteun.[88] Wat daarvan precies de gevolgen zijn voor woningcorporaties moet nog blijken. In ieder geval is van belang dat sociale huisvesting is uitgezonderd van de maximale 10-jaarstermijn die geldt voor DAEB. Indien sprake is van aanzienlijke investeringen zoals bij de sociale huisvesting, staat de beschikking toe dat de opgedragen DAEB langer duurt dan de voorgeschreven 10 jaar. De regering beoogt via een novelle op het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting te bewerkstelligen dat de betrokken DAEB aan de woningcorporaties wordt opgedragen voor een tijdsduur van 25 jaar. De keuze voor deze ruimere termijn is volgens de minister ingegeven door de lange termijnen die in de praktijk met de voorbereiding en realisatie van woningbouw zijn gemoeid. Met deze termijn kan woningcorporaties bovendien zekerheid worden geboden over de (her)financiering van langlopende leningen met borging door het Waarborgfonds Sociale Woningbouw voor de DAEB-taak, aldus de minister. Dit draagt volgens hem bij aan de noodzakelijk geachte continuïteit van hun investeringen en in de benodigde verbetering van de (energetische) kwaliteit van hun woningvoorraad. Vanwege de omstandigheid dat de invoering van de eerdergenoemde wijziging van de Woningwet nog enige tijd op zich laat wachten en het nieuwe vrijstellingsbesluit binnen twee jaar moet worden geïmplementeerd, is het voor 25 jaar opdragen van de DAEB-taak aan de woningcorporaties thans geregeld in de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting.[89] Het moge duidelijk zijn dat de discussie rondom het staatssteundossier bij woningcorporaties derhalve nog niet is beëindigd.

12.4.3 ProRail

Er lijkt geen discussie over te bestaan dat het spoorwegbeheer kan worden beschouwd als ondernemingsactiviteit.[90] Dit betekent dat ProRail kan worden aangemerkt als een onderneming. Als gevolg daarvan moet ProRail zich houden

87 Zie over woningcorporaties en het staatssteundossier o.a. Dijkman-Uulders 2012, p. 202-205; Hessel 2010, p. 771-783.

88 Besluit van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (COM/2011/ 9380). Dit besluit is op 11 januari 2012 gepubliceerd (*PbEU* 2012, L 7/3).

89 Zie de Regeling van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 14 november 2013, nr. 2013-0000694725, tot wijziging van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting, *Stcrt.* 2013, 32730.

90 Vergelijk echter de beschikking van 7 juni 2006 inzake steunmaatregel N 478/2004, aangehaald door Saanen 2013, p. 196.

aan de mededingingsregels, waaronder het kartelverbod (art. 101 VWEU) en het verbod van machtsmisbruik (art. 102 VWEU). Daarnaast geldt in beginsel het verbod van staatssteun (art. 107 VWEU). Problemen op dit vlak doen zich eigenlijk niet voor waardoor de vraag naar de toepasselijkheid van de mededingingsregels op ProRail niet heel relevant lijkt.

Het kartelverbod houdt in dat het ProRail verboden is concurrerentiebeperkende afspraken te maken. Daarvan zou sprake kunnen zijn wanneer ProRail bijvoorbeeld afspraken zou maken met NS ten nadele van andere vervoerders. Het gaat hier om een theoretisch voorbeeld; een dergelijk situatie zal zich niet snel kunnen voordoen aangezien het gebruik van de spoorwegen strikt gereguleerd is in de Spoorwegwet. Gelet hierop is het eveneens niet snel voorstelbaar dat ProRail misbruik zal kunnen maken van haar machtspositie. Vanwege het monopolie inzake het spoorwegbeheer waarover ProRail op grond van de Beheerconcessie beschikt, kan worden aangenomen dat ProRail een machtspositie heeft als bedoeld in artikel 102 VWEU.[91] Misbruik van deze machtspositie zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit het vragen van zeer hoge gebruiksvergoedingen.[92] Dit gevaar wordt echter afgewend doordat de (hoogte van de) gebruiksvergoeding in de Spoorwegwet strikt is gereguleerd. Zo al sprake is van een machtspositie dan kan mogelijk een geslaagd beroep worden gedaan op de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU aangezien de taken die aan ProRail zijn toebedeeld in de Beheerconcessie zeer waarschijnlijk kunnen worden beschouwd als een dienst van algemeen economisch belang.

Wat betreft de steun die de overheid aan ProRail verleent, kan het volgende worden opgemerkt. Op grond van de Wet Infrastructuurfonds en het Besluit Infrastructuurfonds wordt ProRail gesubsidieerd voor de uitvoering van de zorgtaken die zij heeft op grond van de Spoorwegwet en de Beheerconcessie. Deze steunmaatregelen zullen naar alle waarschijnlijkheid niet worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. De reden daarvoor is dat er in wezen geen concurrentie op de markt en om de markt voor het beheer van spoorinfrastructuur is, waardoor er ook geen (dreigende) vervalsing van de mededinging kan zijn en derhalve geen sprake is van een steunmaatregel.[93] Aan de uitzondering

91 Vergelijk Nijland 2013, p. 250-252; Steyger 2010, p. 79, p. 81; Wilkeshuis 2010, p. 75-79. Er is in algemene zin sprake van een *machtspositie* als bedoeld in artikel 102 VWEU wanneer een onderneming zich onafhankelijk kan gedragen binnen een bepaalde markt; het gaat dus om marktmacht. Heeft een onderneming ten minste 50% van het marktaandeel, dan bestaat het weerlegbare rechtsvermoeden dat sprake is van marktmacht. Daarnaast duiden wettelijke monopolies en specifieke regulering via bijvoorbeeld een verplicht vergunningsstelsel op marktmacht. Ook de mate waarin een onderneming toegang heeft tot de kapitaalmarkt is een relevante factor. Artikel 102 VWEU geeft een niet-limitatieve opsomming van gevallen waarin sprake kan zijn van *misbruik*. Wanneer een dominante positie het gevolg is van de toekenning van een wettelijk monopolie wordt in beginsel misbruik aangenomen. Ten slotte is het in verband met het onderhavige onderzoek van belang te vermelden dat een objectieve rechtvaardiging van misbruikgedrag op grond van publieke taakbehartiging vooralsnog nauwelijks mogelijk is. Zie hierover uitgebreid Nijland 2013, p. 250-255.

92 Vergelijk Steyger 2010, p. 82.

93 Zie de beschikking van 2 mei 2013 inzake steunmaatregel N 469/2008 ten aanzien van de Tsjechische spoorinfrastructuurbeheerder Správa železniční dopravní cesty (SŽDC), par. 14-22.

van artikel 106 lid 2 VWEU en de *Altmark*-jurisprudentie komt men dan niet toe. Dit kan anders worden wanneer de exploitatie van het goederenvervoer, dat nu nog behoort tot het takenpakket van ProRail, wordt ondergebracht bij een aparte rechtspersoon. Het voornemen van de regering is dat de exploitatie van het goederenvervoer in de toekomst wordt uitgevoerd door KeyRail BV, waarvan ProRail, het Havenbedrijf Rotterdam en de Haven Amsterdam de aandeelhouders zijn.[94] Niet is uitgesloten dat deze constructie leidt tot concurrentie op de markt voor het beheer van spoorinfrastructuur en aldus gevolgen kan hebben voor de aan ProRail verleende steun.

12.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de vraag in hoeverre de Europese mededingingsregels van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Ter beantwoording van die vraag is nagegaan in hoeverre een semipublieke instelling als onderneming kan worden aangemerkt, omdat de mededingingsregels primair van toepassing zijn op ondernemingen. De mededingingsregels waar het hier om gaat zijn de artikelen 101 (kartelverbod) en artikel 102 (verbod op misbruik van machtspositie). Daarnaast gaat het om het staatssteunverbod zoals neergelegd in artikel 107 VWEU. Op grond van dit artikel is het staten verboden staatssteun te verlenen aan ondernemingen.

Het ondernemingsbegrip impliceert in wezen een overheidsbegrip. De redenering is dat wie in de ogen van het Hof geen onderneming is (impliciet) als overheid kan worden beschouwd. Het begrip onderneming wordt afgebakend door het *materiële* criterium 'economische activiteit'. Formele aspecten zoals de rechtsvorm of de wijze van financiering spelen geen rol. Het criterium 'economische activiteit' houdt verband met de doelstellingen van het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht heeft twee doelstellingen. In de eerste plaats het tegengaan van verstoringen van de mededinging of concurrentie. Ten tweede beogen de mededingingsregels de integratie te verwezenlijken van de verschillende nationale markten tot een gemeenschappelijke markt. De mededingingsregels beogen te verzekeren dat zij die eigen/private belangen behartigen daarmee het publieke belang niet schaden. Het is derhalve gerechtvaardigd dat de mededingingsregels toepassing vinden wanneer economische activiteiten worden verricht, omdat die regels ertoe dienen tegen te gaan dat het maximaliseren van het eigen belang de mededinging verstoort. Aan de andere kant is het tevens gerechtvaardigd dat

Vergelijk voorts de door de Europese Commissie opgestelde Communautaire richtsnoeren betreffende staatssteun aan spoorwegondernemingen (*PbEU* 2008, C 184/13). In randnummer 25 stelt de Commissie dat '[w]anneer de infrastructuur voor alle potentiële gebruikers gelijk en zonder discriminatie toegankelijk is en de aangerekende gebruiksvergoeding in overeenstemming is met de communautaire regelgeving (Richtlijn nr. 2001/14/EG), (...) de overheidsfinanciering van die infrastructuur niet wordt beschouwd als staatssteun ten behoeve van de spoorwegondernemingen.' Zie verder over steunmaatregelen en spoorinfrastructuurbeheerders het proefschrift van Saanen 2013, p. 193-196.

94 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 984, nr. 388.

instellingen die geen economische activiteiten verrichten, niet zijn onderworpen aan de mededingingsregels. Dergelijke instellingen behartigen immers alleen het algemeen belang en niet hun eigen belang, en de mededingingsregels dienen juist ter bescherming van het algemeen belang. Bovendien draagt het materiële criterium bij aan de waarborging van de eenheid en doeltreffendheid van het Europese recht. Het voorkomt bijvoorbeeld dat lidstaten door de keuze van een bepaalde organisatorische vorm aan de regels van het mededingingsrecht kunnen ontsnappen.

Er is sprake van economische activiteiten als diensten worden aangeboden tegen betaling, de instelling daarvoor het financiële risico draagt en de dienst potentieel in concurrentie wordt aangeboden. Ook het feit dat een dienst door private instellingen kan worden verricht, duidt op de aanwezigheid van een economische activiteit.

Worden geen economische activiteiten verricht, dan kan een instelling niet als onderneming worden aangemerkt, maar is impliciet sprake van overheid. Dat is het geval als de betreffende activiteiten van zuiver sociale aard zijn of wanneer sprake is van de uitoefening van overheidsgezag.

De vraag in hoeverre een semipublieke instelling als onderneming wordt beschouwd als zij naast de uitoefening van overheidsgezag ook commerciële taken (gaat) verricht(en) – er is sprake van een hybride organisatie – is niet eenduidig te beantwoorden. Op dit punt zijn verschillende theorieën ontwikkeld, te weten de 'splitsingstheorie' (met in het verlengde daarvan de 'koppelingstheorie'), de 'conversietheorie' en de 'gematigde conversietheorie'. Geen van deze theorieën kan vooralsnog als leidend worden beschouwd. Het Hof van Justitie lijkt in zijn rechtspraak met name de splitsingstheorie te hanteren, terwijl de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg minder eenduidig is. De Europese Commissie neemt in haar beleidsregels de splitsingstheorie tot uitgangspunt, terwijl in haar beschikkingspraktijk vooral de conversietheorie dominant is.[95]

Een uitzondering op de toepasselijkheid van de mededingingsregels van artikel 101 (kartelverbod) en artikel 102 (verbod op misbruik van machtspositie) wordt gevormd door artikel 106 lid 2 VWEU. Deze uitzondering geldt alleen als sprake is van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). De jurisprudentie is tamelijk casuistisch, waardoor geen algemene uitspraken gedaan kunnen worden over de inhoud van het concept DAEB. Daarnaast dient de betrokken instelling daadwerkelijk te zijn belast een taak van algemeen economisch belang, en moet die taak universeel en verplichtend van aard zijn. Ten slotte wordt een proportionaliteitstoets toegepast. Deze toets is beslissend voor de beantwoording van de vraag of de door de staat genomen maatregelen ter regulering van de DAEB verenigbaar zijn met het EU-recht. Het is niet helder waar precies de grenzen liggen van de proportionaliteitstoets. In de jurisprudentie is op dit punt een slingerbeweging te ontwaren tussen een strikte en een ruime benadering.

Artikel 106 lid 2 VWEU is niet alleen van betekenis als uitzondering op de artikelen 101 (kartelverbod) en artikel 102 (verbod op misbruik van machtspositie). Voor het staatssteunverbod is de uitzondering voor een dienst van algemeen

95 Saanen 2013, p. 60.

economisch belang in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU eveneens van belang. Dit artikel vormt een uitzondering op de toepassing van de staatssteunregels in geval van steun voor het leveren van een DAEB. In afwijking van de traditionele staatssteunbenadering hanteert het Hof voor een dergelijke DAEB andere eisen. Als is voldaan aan de zogenaamde *Altmark*-criteria, is volgens het Hof geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. In dat geval geldt voor de financiële compensatie voor de DAEB dat deze niet als steun hoeft worden gemeld bij de Europese Commissie.

Ten slotte is in dit hoofdstuk bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre de Europese mededingingsregels van toepassing zijn op enerzijds woningcorporaties en anderzijds ProRail. Daartoe is ingegaan op de vraag in hoeverre zij als onderneming kunnen worden aangemerkt en in hoeverre zij een dienst van algemeen belang verrichten.

Woningcorporaties kunnen worden aangemerkt als onderneming. Dit betekent dat woningcorporaties zich moeten houden aan de mededingingsregels, waaronder het kartelverbod (art. 101 VWEU) en het verbod van machtsmisbruik (art. 102 VWEU). Daarnaast geldt in beginsel het verbod van staatssteun (art. 107 VWEU).

Een uitzondering op de toepasselijkheid van de mededingingsregels is mogelijk voor zover de activiteiten van woningcorporaties kunnen worden aangemerkt als dienst van algemeen economisch belang (DAEB) in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU. De DAEB voor woningcorporaties wordt omschreven als de 'sociale huisvesting voor achterstandsgroepen of sociaal kansarme groepen welke, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden'. De activiteiten van woningcorporaties die als DAEB kunnen worden aangemerkt zijn (a) de bouw en verhuur van woningen aan particulieren, (b) infrastructuur die verband houdt met sociale huisvesting en (c) de bouw en verhuur van maatschappelijk vastgoed. De uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU is voor woningcorporaties met name relevant voor de toelaatbaarheid van de staatssteun die zij ontvangen. Woningcorporaties kunnen onder bepaalde voorwaarden staatssteun ontvangen voor hun DAEB. Daarbij is in ieder geval van belang dat woningcorporaties ten minste 90% van het woningbestand moeten toewijzen aan huishoudens met een maximaal inkomen van € 34.678 (prijspeil 2014). Daarnaast moeten woningcorporaties een gescheiden administratie voeren ten aanzien van de baten en lasten van de DAEB en de baten en lasten ten aanzien van de overige economische activiteiten.

Er lijkt geen twijfel over te bestaan dat de spoorbeheerstaken die ProRail uitvoert als economische activiteiten kunnen worden aangemerkt. Dit brengt met zich dat ProRail een onderneming is. Als gevolg daarvan moet ProRail zich houden aan de mededingingsregels, waaronder het kartelverbod (art. 101 VWEU) en het verbod van machtsmisbruik (art. 102 VWEU). Daarnaast geldt in beginsel het verbod van staatssteun (art. 107 VWEU). Problemen op dit vlak doen zich eigenlijk niet voor waardoor de vraag naar de toepasselijkheid van de mededingingsregels op ProRail niet heel relevant lijkt. Mocht evenwel sprake zijn van strijd met voornoemde artikelen, dan kan artikel 106 lid 2 VWEU mogelijk uitkomst bieden aangezien de taken die aan ProRail zijn toebedeeld in de Beheerconcessie zeer waarschijnlijk

kunnen worden beschouwd als diensten van algemeen economisch belang. Wat betreft de steunmaatregelen die de overheid aan ProRail verleent, geldt dat die naar alle waarschijnlijkheid niet worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. De reden daarvoor is dat er in wezen geen concurrentie op de markt en om de markt voor het beheer van spoorinfrastructuur is, waardoor er ook geen (dreigende) vervalsing van de mededinging kan zijn en derhalve geen sprake is van een steunmaatregel. Aan de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU en de *Altmark*-jurisprudentie komt men dan niet toe.

Hoofdstuk 13 Rechtstreekse werking van richtlijnen

13.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre rechtstreekswerkende richtlijnen van toepassing kunnen zijn op semipublieke instellingen. Op grond van artikel 288 VWEU is een richtlijn voor elke lidstaat verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar wordt aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten de vorm en middelen te kiezen. Om volle werking in de nationale rechtsorde te krijgen dient de richtlijn door middel van nationale wetgeving in het nationale recht te worden omgezet. Volgens vast jurisprudentie van het Hof van Justitie moet omzetting plaatsvinden door middel van dwingende bepalingen van intern recht. Omzetting zal in Nederland geschieden bij wet in formele zin of lagere wetgeving. De omzetting van richtlijnen dient tijdig en correct te zijn.[1]

Richtlijnen zijn op grond van artikel 288 VWEU alleen verbindend voor de lidstaten waarvoor zij bestemd zijn. Dit betekent dat particulieren zich in beginsel niet op een richtlijn kunnen beroepen. Onder omstandigheden kunnen richtlijnen echter rechtstreekse werking hebben. Dat is het geval wanneer een richtlijn niet tijdig of incorrect is omgezet, dan wel niet goed wordt toegepast. Voorwaarde daarbij is dat de bepalingen van de richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.[2] Hierbij zij aangetekend dat deze rechtstreekse werking in beginsel alleen geldt in *verticale* relaties, dus tussen overheid en particulieren.[3]

Rechtstreekse werking van richtlijnen heeft verschillende gevolgen. Enerzijds hebben burgers de mogelijkheid de bepalingen van de richtlijn bij de nationale rechter in te roepen. De nationale rechter is verplicht de aanspraken te honoreren die de betrokkene aan de richtlijn kan ontlenen. Anderzijds zijn de instellingen tegen wie de richtlijn kan worden ingeroepen, verplicht de richtlijnbepalingen toe te passen. Bepalingen van nationaal recht die met de richtlijn in strijd zijn, kunnen niet aan particulieren worden tegengeworpen en dienen buiten toepassing te worden laten.[4]

---

1 Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 8, p. 10-15.

2 Zie HvJ EG 4 december 1974, 41/74 (*Van Duyn*); HvJ EG 5 april 1979, 148/78 (*Ratti*); HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall*); HvJ EG 11 juli 2002, C-62/00 (*Marks & Spencer*); Steyger 1991, p. 10; Van der Burg & Voermans 2012, p. 40-41; Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 67-82.

3 Horizontale werking van rechtstreeks werkende richtlijnen is in beginsel uitgesloten. HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92 (*Faccini Dori*). Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 83-89.

4 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 22 juni 1989, 103/88 (*Fratelli Costanzo*), r.o. 31. Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 101-108; Van der Burg & Voermans 2012, p. 41.

De gedachte achter de rechtstreekse werking van richtlijnen is dat het onverenigbaar zou zijn met de dwingende werking die in het verdrag aan de richtlijn wordt toegekend, om in beginsel uit te sluiten dat een daarbij opgelegde verplichting kan worden ingeroepen door personen op wie zij betrekking heeft. Daarnaast zou het nuttig effect van de richtlijn worden verzwakt als de justitiabelen zich daarop niet zouden mogen beroepen en de nationale rechter daarop niet als element van het Unierecht acht zou mogen slaan.[5]

De vraag rijst in hoeverre een richtlijn kan worden ingeroepen tegen semipublieke instellingen en in hoeverre dergelijke instellingen derhalve gehouden zijn die richtlijn toe te passen. Uit de tekst van artikel 288 VWEU volgt dat de verplichting om richtlijnen toe te passen in ieder geval aan de lidstaten is geadresseerd. De vraag is wat in deze context onder (lid)staat wordt verstaan. Het antwoord op die vraag is geformuleerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin het terzake een eigen 'overheidsbegrip' heeft ontwikkeld. De *functie* van dat overheidsbegrip is dus de instellingen af te bakenen aan wie een rechtstreekswerkende richtlijn kan worden tegengeworpen en welke instellingen gehouden zijn een dergelijke richtlijn toe te passen.

Hierna wordt dieper op dat overheidsbegrip ingegaan. Daarbij wordt stilgestaan bij de achtergrond van dat begrip (§ 13.2) en de vraag aan de hand van welke criteria het overheidsbegrip in deze context wordt afgebakend (§ 13.3). Daarnaast komt de vraag aan bod of in de jurisprudentie een zogenaamde voor zover-benadering wordt gehanteerd (§ 13.4). Voorts wordt ingegaan op de vraag of het overheidsbegrip dat door het Hof van Justitie is ontwikkeld ook van betekenis is buiten de context van de rechtstreekse werking van richtlijnen (§ 13.5). In dit verband is tevens van belang de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (§ 13.6). Om de (abstracte) analyse van het overheidsbegrip in dit hoofdstuk meer concreet te maken, wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre woningcorporaties enerzijds en ProRail anderzijds, verplicht zijn om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen (§ 13.7). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 13.8).

13.2 Achtergrond

Aanvankelijk was men in de doctrine in de veronderstelling dat alleen de lidstaat normadressaat was van rechtstreekswerkende richtlijnenen.[6] Het Hof heeft de verplichting om rechtstreekswerkende richtlijnen zelfstandig toe te passen evenwel uitgebreid. Zo volgt uit het arrest *Becker*[7] dat een rechtstreekswerkende richtlijn kan worden ingeroepen tegen de fiscus, in die casus: het *Finanzamt Munster-Innenstadt*. Dat geldt blijkens het arrest *Fratelli Costanzo* ook voor

5 HvJ EG 4 december 1974, 41/74 (*Van Duyn*), r.o. 12. Zie ook Van der Burg & Voermans 2012, p. 40.

6 Steyger 1991, p. 10.

7 HvJ EG 19 januari 1982, 8/81.

gedecentraliseerde overheden zoals gemeenten.[8] In de zaak *Marshall*[9] oordeelde het Hof dat een richtlijn kon worden ingeroepen tegen de Southhampton and South-West Hampshire Area Health Authority, een instelling die verantwoordelijk is voor de gezondheidszorg. Bij de vraag of deze instelling behoort tot de 'overheid' zoekt het Hof aansluiting bij de nationale rechter die heeft verklaard dat de instelling een 'public authority' is. In de zaak *Johnston*[10] geeft het Hof iets meer duidelijkheid over waarom een bepaalde instelling tot de overheid moet worden gerekend. Het betrof in deze zaak de Chief Constable, een orgaan belast met de leiding van de politie, die onafhankelijk is van de staat. Het Hof oordeelde:

> '(...) the chief constable is an official responsible for de direction of the police service. Whatever its relations may be with other organs of the state, such a public authority, charged by the state with the maintenance of public order and safety, does not act as a private individual. It may not take advantage of the failure of the state, of wich it is an emanation, to comply with community law.'[11]

Het Hof acht dus bepalend de functie die de Chief Constable verricht, namelijk handhaving van de openbare orde en veiligheid, waardoor hij niet optreedt als particulier. Daarbij lijkt ook relevant dat hij *door de staat is belast* met de uitoefening van die functie. De conclusie is dat de Chief Constable een 'emanation' – een uitvloeisel – is van de staat. Het Hof geeft hier een materiële invulling van het begrip overheid, waarbij *de aard van de taak* die wordt verricht bepalend is. Niet helder is welke taken het Hof hier precies voor ogen heeft, behalve dan dat het moet gaan om taken waarmee niet wordt gehandeld als een particulier.[12]

In de zaak *Foster*[13] geeft het Hof een meer algemene omschrijving van de instanties die verplicht zijn rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen. Deze zaak had betrekking op het pensioenbeleid van Britisch Gas Corporation (BGC). Het algemene beleid van BGC was haar werknemers te pensioneren bij het bereiken van de leeftijd waarop zij krachtens de Britse wetgeving aanspraak kregen op een staatspensioen, bij vrouwen de leeftijd van zestig jaar en bij mannen vijfenzestig jaar. Niet in geschil is dat dit beleid in strijd is met de richtlijn over gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De vraag was echter of jegens BGC (en haar rechtsopvolger British Gas plc) een beroep kon worden gedaan op de richtlijn. BGC was een bij wet opgerichte rechtspersoon die tot taak had de ontwikkeling en instandhouding van een gasvoorzieningsstelsel. Tevens had zij een monopolie op de gasvoorziening. Het bestuur werd benoemd door de bevoegde minister die ook algemene aanwijzingen kon geven, zowel ten aanzien van de bedrijfsvoering als in verband met het nationaal belang. Voort moest aan de minster verslag worden gedaan over de uitoefening van haar taken, de bedrijfsvoering en programma's.

8 HvJ EG 22 juni 1989, 103/88.
9 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84.
10 HvJ EG 15 mei 1986, 222/84.
11 R.o. 56.
12 Zie Curtin 1990, p. 215.
13 HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89.

Ook kon de minister bepalen dat financiële middelen van BGC aan de minister moesten worden afgedragen dan wel dat die middelen aan specifieke doeleinden werden uitgegeven. In 1986 is de BGC geprivatiseerd en overgegaan in de British Gas plc, een vennootschap naar Engels recht. Kan een rechtstreekswerkende richtlijnbepaling tegen een dergelijke instantie worden ingeroepen? Het Hof overwoog:

> '(...) a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals is included in any event among the bodies against which the provisions of a directive capable of having direct effect may be relied upon.'[14]

In dit citaat geeft het Hof een drietal *cumulatieve* criteria aan hand waarvan kan worden beoordeeld welke instellingen gehouden zijn rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen. De juridische vorm van de instelling is niet relevant. In de eerste plaats moet de instelling door de overheid zijn belast met de uitvoering van een 'public service'. Ten tweede moet de instelling onder toezicht staan van de overheid en, ten derde, moet de instelling beschikken over bijzondere bevoegdheden die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden.

In het arrest *Kampelmann*[15] lijkt afstand te worden gedaan van de eis dat de criteria cumulatief zijn. De criteria 'overheidstoezicht' en 'bijzondere bevoegdheden' worden namelijk als *alternatieve* gezichtspunten gepresenteerd:

> Op rechtstreekswerkende richtlijnen kan ingevolge r.o. 46 '(...) een beroep worden gedaan tegenover organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat staan of die over bijzondere bevoegdheden beschikken die verder gaan dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden, zoals territoriale overheden of organisaties die, ongeacht hun rechtsvorm, krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang.'

Dit betekent dat 'overheidstoezicht' dan wel het bezit van 'bijzondere bevoegdheden' al voldoende is om aan te nemen dat een instelling verplicht is om richtlijnbepalingen die rechtstreeks werken zelfstandig toe te passen. Niet lijkt te zijn vereist dat de instelling 'krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang'. Dat wordt alleen als voorbeeld gepresenteerd.[16] Dat neemt niet weg dat instellingen

14 R.o. 20.

15 HvJ EG 4 december 1997, C-253/96 t/m 258/96.

16 Dat volgt ook duidelijk uit rechtsoverweging 47, waarin helemaal niet meer gesproken wordt over 'diensten van algemeen belang'. Alleen 'overheidstoezicht' of het bezit van 'bijzondere bevoegdheden' is al genoeg om een richtlijnbepaling tegen een instelling in te kunnen roepen.

belast met een dienst van openbaar belang soms toch tot de overheid kunnen worden gerekend, zolang zij de 'dienst van algemeen belang' maar uitvoeren onder toezicht van de overheid.

13.3 Criteria

In het arrest *Kampelmann* geeft het Hof dus twee alternatieve criteria op basis waarvan kan worden bepaald tegen welke instellingen rechtstreekswerkende richtlijnen kunnen worden ingeroepen. De instelling moet ofwel onder toezicht staan van de overheid ofwel beschikken over bijzondere bevoegdheden die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de juridische vorm van de instelling niet van belang is. Ook instellingen die een 'public service' verrichten kunnen adressaat zijn van een rechtstreekswerkende richtlijn, maar daarvoor geldt dan wel de eis dat de uitvoering van de dienst van algemeen belang geschiedt onder overheidstoezicht. Nogmaals: het verrichten van een public service is op zichzelf geen bepalend criterium.[17]

Het probleem is dat de criteria die het Hof geeft niet nader zijn gedefinieerd en daardoor nogal open zijn.[18] De vraag rijst onder welke omstandigheden kan worden gesproken van 'overheidstoezicht'. Als we de ratio van het door het Hof geformuleerde overheidsbegrip in ogenschouw nemen (zie daarover hierna meer), kan worden aangenomen dat sprake is van overheidstoezicht als de overheid rechtens dan wel feitelijk de mogelijkheid heeft het gedrag van een instelling terzake de materie van de richtlijn te beïnvloeden. A-G Van Gerven omschrijft het in zijn conclusie in de zaak *Foster* als volgt:

> Beïnvloeding kan *de jure of de facto* plaatsvinden: '(...) bij voorbeeld omdat het gezagsorgaan een algemene of bijzondere bevoegdheid (of zelfs feitelijke macht) heeft om aan die persoon bindende aanwijzingen te geven, al dan niet via uitoefening van aandeelhoudersrechten, of om beslissingen van die persoon vooraf goed te keuren of achteraf te schorsen of te vernietigen dan wel (de meerderheid van) zijn bestuurders aan te duiden of te ontslaan, of de financiering ervan geheel of gedeeltelijk stop te zetten in een mate die zijn voortbestaan in het gedrang brengt; met dien verstande evenwel: 1) dat de mogelijkheid tot beïnvloeding moet voortvloeien uit een andere dan een algemeen wetgevende bevoegdheid (omdat anders alle – aan dergelijke algemene normeringsbevoegdheid onderworpen – particulieren binnen het toepassingsgebied van de Marshall-rechtspraak worden gebracht waardoor die rechtspraak haar doel zou voorbijschieten); en 2) dat, zoals reeds gezegd, de mogelijkheid tot beïnvloeding onder meer of in het bijzonder moet bestaan in verband

17 Vergelijk ook A-G Van Gerven in zijn conclusie in de zaak *Foster* (8 mei 1990, C-188/89, overweging 18-19) en Curtin 1990, p. 215, die er eerder al op wezen dat het onderscheid niet gezocht zou moeten worden in het criterium van 'klassieke en niet-klassieke overheidsopdrachten'.

18 Zie reeds Steyger 1991, p. 12-13.

> met de materie waarop de nog niet omgezette richtlijnbepaling betrekking heeft of kan hebben.'[19]

Hierbij moet worden opgemerkt dat toezicht van de overheid in de zaak *Johnston* (nog) geen rol leek te spelen. De Chief Constable was immers een constitutioneel *onafhankelijke* instantie.

Tevens is niet duidelijk wat precies wordt verstaan onder 'bijzondere bevoegdheden die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden'. In de Nederlandse rechtsorde zou het hier wellicht kunnen gaan om publiekrechtelijke bevoegdheden: bevoegdheden die exclusief en met uitsluiting van ieder ander aan iemand toekomen.[20]

De vraag dringt zich op wat precies de *ratio* is achter de criteria die het Hof heeft aangelegd om te bepalen welke instellingen rechtstreekswerkende richtlijnbepalingen moeten toepassen.

De conclusie van A-G Van Gerven in de zaak *Foster* levert daarover enige inzichten op.[21]

De A-G merkt op dat het Hof, met het oog op de uniformiteit tussen de lidstaten, een autonome uitleg moet geven van de reikwijdte van rechtstreekswerkende richtlijnen (overweging 9). Voorts moet worden gestreefd naar de uitleg die 'het best strookt met de plaats in het Verdrag en derhalve de doelstelling van het in verband daarmee gebruikte overheidsbegrip', aldus de A-G (overweging 11). De criteria die het overheidsbegrip omlijnen dienen dus verband te houden met de reden waarom richtlijnen onder omstandigheden rechtstreeks kunnen werken. Ik breng in herinnering dat de reden daarvoor is dat het onverenigbaar zou zijn met de dwingende werking die in het verdrag aan de richtlijn wordt toegekend, om in beginsel uit te sluiten dat een daarbij opgelegde verplichting kan worden ingeroepen door personen op wie zij betrekking heeft. Daarnaast zou het nuttig effect van de richtlijn worden verzwakt als de justitiabelen zich daarop niet zouden mogen beroepen en de nationale rechter daarop niet als element van het Unierecht acht zou mogen slaan.

Het criterium dat het Hof in de zaken *Foster* en *Kampelmann* heeft geformuleerd moet tegen deze achtergrond worden geïnterpreteerd. Daarmee raken we aan de ratio van de criteria die bepalend zijn bij de vraag naar de rechtssubjecten van rechtstreekswerkende richtlijnen. Die ratio kan volgens A-G Van Gerven worden afgeleid uit de arresten *Marshall* en *Johnston*. De A-G omschrijft de ratio als volgt:

> 'Uitgangspunt moet zijn, zoals reeds herhaaldelijk onderstreept, de aan de Marshall – en Johnston-rechtspraak voorzittende ratio: die bestaat erin de Lid-Staat maar ook enig ander overheidspersoon die door de Lid-Staat waaraan hij zijn gezag ontleent belast wordt met een bepaalde taak, niet te laten profiteren van het verzuim

19 Conclusie A-G Van Gerven van 8 mei 1990, C-188/89, overweging 21.
20 Vergelijk Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 94; Steyger 2007, p. 17-18.
21 Conclusie A-G Van Gerven van 8 mei 1990, C-188/89.

van de Lid-Staat de betrokken richtlijnbepaling in nationaal recht om te zetten.' (overweging 21, zo ook overweging 10)

Aan het eind van overweging 21 schrijft de A-G:

'Het ligt (...) in de ratio van de Marshall-rechtspraak dat een Lid-Staat niet mag profiteren van zijn verzuim voor alles wat binnen de sfeer van verantwoordelijkheid valt die hij door een vrije beslissing tot zich heeft getrokken, wie ook de persoon zij via dewelke hij deze verantwoordelijkheid laat uitoefenen.'

Leidend is dat een lidstaat er geen voordeel aan mag ontlenen dat hij een richtlijn niet tijdig of incorrect heeft geïmplementeerd. Tegengegaan moet worden dat de dwingende werking en het nuttig effect van de richtlijn worden gefrustreerd. Tegen deze achtergrond valt te begrijpen dat het Hof een ruim overheidsbegrip hanteert als het gaat om het toepassingsbereik van rechtstreekswerkende richtlijnbepalingen. De overheid mag geen voordeel ontlenen aan onjuiste of te late omzetting van een richtlijn, dan wel de verkeerde toepassing daarvan, als de overheid door middel van toezicht invloed kan uitoefenen op het gedrag van een instelling inzake de materie van de richtlijn. Eveneens mag de lidstaat geen voordeel ontlenen aan niet tijdige of incorrecte omzetting van een richtlijn, doordat hij aan bijvoorbeeld een private instelling bijzondere bevoegdheden heeft toegekend die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden. Zou het overheidsbegrip niet zo ruim worden getrokken dan zou dat een belemmering opleveren voor de dwingende werking en het nuttig effect van de richtlijn.

13.4 Voor zover

Het is de vraag in hoeverre semipublieke instellingen die voldoen aan de *Kampelmann/Foster* criteria verplicht zijn om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen. Geldt die verplichting alleen voor zover zij voldoen aan die criteria, of ook daarbuiten? Blijkens de jurisprudentie kunnen rechtstreekswerkende richtlijnen altijd jegens de overheid worden ingeroepen, ook als de overheid privaatrechtelijke handelt. Zo kon in het *Marshall*-arrest[22] een rechtstreekswerkende richtlijn worden ingeroepen tegen de *Southhampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, een staatsorgaan, hoewel zij optrad als *werkgever*. Het Hof oordeelde daarover:

r.o. 49: 'Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat wanneer iemand zich tegenover de staat op een richtlijn kan beroepen, hij dit kan doen onverschillig de hoedanigheid waarin de staat handelt, als werkgever of als overheid. In beide gevallen moet immers worden voorkomen dat de staat voordeel heeft bij zijn miskenning van het gemeenschapsrecht.'

22 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84.

De vraag is of dit ook opgaat voor (hybride) private instellingen. Dat is niet met zekerheid te zeggen. Dat het Hof een publiekrechtelijke rechtspersoon voor al haar handelen onderworpen acht aan rechtstreekswerkende richtlijnen, zoals het geval is in het *Marshall*-arrest, betekent echter niet zonder meer dat voor een hybride private instelling hetzelfde geldt.[23]

13.5 Andere Europese verplichtingen

Het is de vraag of het overheidsbegrip dat het Hof in *Kampelmann* en *Foster* heeft ontwikkeld, ook buiten de context van rechtstreekswerkende richtlijnen van betekenis is. In de literatuur wordt wel aangenomen dat dit overheidsbegrip inderdaad een bredere functie kent. Het is ook van toepassing in andere situaties waarin Europese verplichtingen moeten worden nageleefd.[24] Daarbij zij opgemerkt dat de invulling van het overheidsbegrip wellicht een wat andere invulling kan krijgen naar mate het binnen een andere context functioneert.

13.6 Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten

Voor de afbakening van de entiteiten die verplicht zijn om het Unierecht na te leven, is tevens van belang de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten.[25] Deze wet geeft het Rijk een aantal instrumenten om de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten te bevorderen.

Het begrip publieke entiteit wordt gedefinieerd in artikel 1 onder c van de wet.[26] Het betreft in algemene zin bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb, niet zijnde een minister, en organen en instanties waarop een aanbestedingsplicht rust op grond van de aanbestedingsrichtlijn of de nutsrichtlijn.[27] Blijkens de memorie van toelichting worden onder publieke entiteiten alle organen en instanties verstaan waarvoor geldt dat de lidstaat Nederland er door de Europese Commissie en

23 Vergelijk Steyger 1996, p. 68 die meent dat er geen reden is om aan te nemen dat voor instellingen die niet tot de overheid in enge zin behoren iets anders zou gelden dan voor de overheid in enge zin. Vergelijk ook Zijlstra 2008, p. 35.

24 Widdershoven e.a. 2007, p. 44.

25 Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 245. Zie over deze wet ook het proefschrift van De Kruif 2012.

26 Zie hierover o.a. Verhoeven 2010, p. 121.

27 Artikel 1 sub c definieert het begrip publieke entiteit als volgt:
1. een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, niet zijnde een van Onze Ministers;
2. een overige aanbestedende dienst als bedoeld in artikel 1, negende lid, van de aanbestedingsrichtlijn en artikel 2, eerste lid, onderdeel a, van de nutsrichtlijn, niet zijnde de staat;
3. een overheidsbedrijf als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel b, van de nutsrichtlijn;
4. een bedrijf of instelling waaraan een bijzonder of uitsluitend recht verleend is als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van de nutsrichtlijn;
5. een instantie die een opdracht als bedoeld in artikel 8 van de aanbestedingsrichtlijn plaatst;
6. een overige houder van een concessie als bedoeld in artikel 63, eerste lid, van de aanbestedingsrichtlijn.

het Hof van Justitie op kan worden aangesproken als deze organen en instanties het gemeenschapsrecht schenden. Dit betreft niet alleen overheden die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, maar ook andere organisaties waarop Europeesrechtelijke verplichtingen rusten.[28] Met de ruime definitie van het begrip publieke entiteit wordt beoogd aansluiting te zoeken bij het ruime Europeesrechtelijke overheidsbegrip, dat er op is gericht te voorkomen dat lidstaten zich verschuilen achter privaatrechtelijke constructies om de verplichting tot naleving van Europese regels te ontlopen. De wet is 'aldus van toepassing op organen en instanties waarop een aanbestedingsplicht rust op grond van de aanbestedingsrichtlijn of de nutsrichtlijn. Onder dit ruime overheidsbegrip worden verstaan ministeries, rijksdiensten, provincies, gemeenten, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en publiekrechtelijke instellingen, zoals zelfstandige bestuursorganen (zbo's), publiekrechtelijke bedrijfsorganen (pbo's) en privaatrechtelijk vormgegeven organisaties die voorzien in behoeften van algemeen belang en waarin sprake is van een overwegende overheidsinvloed. Hieronder vallen onder andere ook scholen en zorginstellingen. Voor publiekrechtelijke instellingen en overheidsbedrijven geldt dat als er sprake is van een overheersende invloed van de staat, de staat zal moeten bezien of niet beter gebruik kan worden gemaakt van die invloed dan van het instrumentarium uit deze wet'.[29] Op deze plek wordt niet dieper ingegaan op de criteria aan de hand waarvan het begrip publieke entiteit wordt afgebakend. Die criteria zijn elders in dit boek, in het kader van het aanbestedingsrecht, uitgebreid aan de orde gekomen.[30] Dat in dit verband aansluiting wordt gezocht bij de overheidsbegrippen uit de aanbestedingsrichtlijnen is overigens niet onlogisch, aangezien van het begrippenkader in de aanbestedingsrichtlijnen een harmoniserende werking lijkt uit te gaan. De tendens is dat in andere Europese wetgeving voor het begrip overheid in toenemende mate wordt aangesloten bij de overheidsbegrippen uit het aanbestedingsrecht. Dit is namelijk een relatief uitgekristalliseerd begrippenkader.[31]

13.7 Rode draad

13.7.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre woningcorporaties enerzijds en ProRail anderzijds, verplicht zijn om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen.

28 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 3, p. 20.
29 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nr. 6, p. 8; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 3, p. 8.
30 Hoofdstuk 11.
31 Zie Steyger 2007, p. 10, p. 12, p. 25-26.

13.7.2 *Woningcorporaties (toegelaten instellingen)*

Bepalend voor het antwoord op de vraag of een woningcorporatie verplicht is om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen, is of zij onder toezicht staan van de overheid of beschikken over bijzondere bevoegdheden die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden. Van dat laatste lijkt geen sprake te zijn, omdat woningcorporaties niet beschikken over publiekrechtelijke bevoegdheden.[32]

Bij overheidstoezicht gaat het erom dat de overheid rechtens dan wel feitelijk de mogelijkheid heeft het gedrag van woningcorporaties terzake de materie van de betrokken richtlijn te beïnvloeden. Woningcorporaties staan ingevolge artikel 70d lid 1 Woningwet onder toezicht van de Minister voor Wonen en Rijksdienst. Het toezicht is verder uitgewerkt in het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH). Het financieel toezicht wordt uitgevoerd door het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting (art. 70d lid 1 jo. art. 71a lid 1 aanhef en onder b Woningwet). Op grond van de artikelen 26, 30 en 33 BBSH dient de woningcorporatie jaarlijks verantwoording af te leggen door middel van een jaarrekening, jaarverslag en volkshuisvestingsverslag en via het financieel overzicht dat het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting aan de minster verstrekt. Voorts kan de minister een woningcorporatie verzoeken om inlichtingen en inzage in documenten. De minister heeft op grond van het BBSH ook een aantal mogelijkheden om in te grijpen bij woningcorporaties (interventiebevoegdheden). Zo kan de minister een aanwijzing geven om één of meer handelingen te verrichten (art. 41). In het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting komt een dergelijke bevoegdheid ook toe aan de Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting, de opvolger van het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting.[33] De minister kan bepalen dat een woningcorporatie tijdelijk bepaalde handelingen slechts kan verrichten na voorafgaande goedkeuring (art. 43 lid 1) en de minster kan een plan laten opstellen door een door de minister aangewezen persoon of instantie ten behoeve van door een woningcorporatie te verrichten handelingen (art. 43 lid 2). De vraag is of met gebruikmaking van deze bevoegdheden de overheid toezicht kan uitoefen op woningcorporaties in de zin van de arresten *Foster* en *Kempelmann*. Dat staat niet zonder meer vast. Het gaat erom dat de overheid de mogelijkheid heeft het gedrag van woningcorporaties terzake de materie van de betrokken richtlijn te beïnvloeden. De toezichtsbevoegdheden van de minister kunnen alleen worden aangewend in het belang van de volkshuisvesting. Gelet hierop is niet uitgesloten dat woningcorporaties gebonden zijn aan rechtsstreekswerkende richtlijnen op het gebied van de volkshuisvesting. In dat geval dienen zij dergelijke richtlijnen toe te passen en kunnen burgers dergelijke richtlijnen tegen hen inroepen bij de nationale rechter. Of woningcorporaties daarnaast ook rechtstreekswerkende richtlijnen moeten toepassen die geen betrekking hebben op de volkshuisvesting, kan echter worden betwijfeld.

32 Zie § 2.4.2.
33 Artikel 61d lid 2 Woningwet (nieuw).

13.7.3 ProRail

Bepalend voor het antwoord op de vraag of een ProRail verplicht is om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen, is of zij onder toezicht staat van de overheid of beschikt over bijzondere bevoegdheden die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden. Van dat laatste lijkt geen sprake te zijn, omdat ProRail niet beschikt over publiekrechtelijke bevoegdheden.[34]

Bij overheidstoezicht gaat het erom dat de overheid rechtens dan wel feitelijk de mogelijkheid heeft het gedrag van ProRail terzake de materie van de betrokken richtlijn te beïnvloeden. Van overheidstoezicht lijkt inderdaad sprake te zijn bij ProRail. Door middel van het aandeelhouderschap heeft de staat immers invloed op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden. Daarnaast wordt ProRail grotendeels door de staat uit publieke middelen gefinancierd door middel van subsidies via het Infrastructuurfonds. Verder beschikt de staat over verschillende sturingsinstrumenten via de Beheerconcessie en het aandeelhouderschap. Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat de overheid de mogelijkheid heeft het gedrag van ProRail terzake de materie van de betrokken richtlijnen te beïnvloeden. In dat geval dient ProRail de relevante richtlijnen toe te passen en kunnen burgers dergelijke richtlijnen tegen haar inroepen bij de nationale rechter.

13.8 Conclusie

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre semipublieke instellingen verplicht zijn om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen. Uit de tekst van artikel 288 VWEU volgt dat de verplichting om richtlijnen toe te passen in ieder geval aan de lidstaten is geadresseerd. De vraag is echter wat in deze context onder (lid)staat wordt verstaan. Het antwoord op die vraag is geformuleerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin het terzake een eigen 'overheidsbegrip' heeft ontwikkeld. De *functie* van dat overheidsbegrip is dus de instellingen af te bakenen aan wie een rechtstreekswerkende richtlijn kan worden tegengeworpen en welke instellingen gehouden zijn een dergelijke richtlijn toe te passen. In de arresten *Foster* en *Kempelmann* wordt dit overheidsbegrip als volgt omschreven:

> 'organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat staan of die over bijzondere bevoegdheden beschikken die verder gaan dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden, zoals territoriale overheden of organisaties die, ongeacht hun rechtsvorm, krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang.'

Het Hof van Justitie heeft twee alternatieve criteria geformuleerd op basis waarvan kan worden bepaald in hoeverre tegen semipublieke instellingen

34 Zie § 2.4.3.

rechtstreekswerkende richtlijnen kunnen worden ingeroepen. Het betreft enerzijds een *formeel* (of: organisatorisch) criterium: de instelling moet onder toezicht staan van de overheid, en anderzijds een *materieel* criterium: de instelling moet beschikken over bijzondere bevoegdheden die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de juridische vorm van de instelling niet van belang is. Ook instellingen die een 'public service' verrichten kunnen adressaat zijn van een rechtstreekswerkende richtlijn, maar daarvoor geldt dan wel de eis dat de uitvoering van de dienst van algemeen belang geschiedt onder overheidstoezicht. Het materiële aspect van het verrichten van een public service is op zichzelf geen bepalend criterium.

Het probleem is dat de criteria die het Hof geeft niet nader zijn gedefinieerd en daardoor nogal open zijn. Ten eerste rijst de vraag onder welke omstandigheden kan worden gesproken van 'overheidstoezicht'. Aangenomen kan worden dat sprake is van overheidstoezicht als de overheid rechtens dan wel feitelijk de mogelijkheid heeft het gedrag van een instelling terzake de materie van de richtlijn te beïnvloeden. Die beïnvloeding kan bijvoorbeeld plaatsvinden door het uitoefenen van een algemene dan wel bijzondere aanwijzingsbevoegdheid. Dit kan via de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden, maar ook op grond van de bevoegdheid om beslissingen van de instelling goed te keuren, te schoren of te vernietigen. Ook kan van beïnvloeding sprake zijn als de bevoegdheid bestaat de meerderheid van bestuurders te benoemen en te ontslaan of wanneer de overheid de financiering kan stopzetten waardoor het voorbestaan van de instelling in het nauw komt. Een belangrijke kanttekening is evenwel dat de beïnvloeding moet voortvloeien uit een ander dan een algemeen wetgevende bevoegdheid, omdat het criterium anders geen onderscheidend vermogen meer heeft. Ten tweede is niet duidelijk wat precies moet worden verstaan onder 'bijzondere bevoegdheden die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden'. In de Nederlandse rechtsorde zou het hier wellicht kunnen gaan om publiekrechtelijke bevoegdheden: bevoegdheden die exclusief en met uitsluiting van ieder ander aan iemand toekomen.

Bij het bepalen van de reikwijdte van de adressanten van rechtstreekswerkende richtlijnen wordt rekening gehouden met het oogmerk van rechtstreekse werking van richtlijnen. De reden waarom richtlijnen onder omstandigheden rechtstreeks kunnen werken is dat het onverenigbaar zou zijn met de dwingende werking die in het verdrag aan de richtlijn wordt toegekend, om in beginsel uit te sluiten dat een daarbij opgelegde verplichting kan worden ingeroepen door personen op wie zij betrekking heeft. Daarnaast zou het *nuttig effect* van de richtlijn worden verzwakt als de justitiabelen zich daarop niet zouden mogen beroepen en de nationale rechter daarop niet als element van het Unierecht acht zou mogen slaan. Tegengegaan moet worden dat de dwingende werking en het nuttig effect van de richtlijn worden gefrustreerd. Leidend is derhalve dat een lidstaat er geen voordeel aan mag ontlenen dat hij een richtlijn niet tijdig of incorrect heeft geïmplementeerd. Tegen deze achtergrond valt te begrijpen dat het Hof een ruim overheidsbegrip hanteert als het gaat om het toepassingsbereik van rechtstreekswerkende richtlijnbepalingen. De overheid mag geen voordeel ontlenen aan onjuiste of te late omzetting van een richtlijn, dan wel de verkeerde toepassing daarvan, als de

overheid door middel van toezicht invloed kan uitoefenen op het gedrag van een instelling inzake de materie van de richtlijn. Eveneens mag de lidstaat geen voordeel ontlenen aan niet tijdige of incorrecte omzetting van een richtlijn, doordat hij aan bijvoorbeeld een private instelling bijzondere bevoegdheden heeft toegekend die verder gaan dan die voortvloeien uit de regels die in particuliere verhoudingen gelden. Zou het overheidsbegrip niet zo ruim worden getrokken dan zou dat een belemmering opleveren voor de dwingende werking en het nuttig effect van de richtlijn.

Onduidelijk is in hoeverre semipublieke instellingen die voldoen aan de *Kampelmann/Foster*-criteria verplicht zijn om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen. Weliswaar geldt voor de overheid dat zij daartoe altijd verplicht is, ook als de overheid privaatrechtelijk handelt, maar dat betekent echter niet dat voor semipublieke instellingen zonder meer hetzelfde opgaat.

In de literatuur wordt wel aangenomen dat het overheidsbegrip dat het Hof in *Kampelmann* en *Foster* heeft ontwikkeld in het kader van rechtstreekse werking van richtlijnen, ook van toepassing is in andere situaties waarin Europese verplichtingen moeten worden nageleefd. Niet is uitgesloten dat de invulling van het overheidsbegrip wellicht een wat andere invulling kan krijgen naar mate het binnen een andere context functioneert.

In dit verband is tevens van belang de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten. Deze wet geeft het Rijk een aantal instrumenten om de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten te bevorderen. Onder publieke entiteiten worden in algemene zin verstaan bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb, niet zijnde een minister, en organen en instanties waarop een aanbestedingsplicht rust op grond van de aanbestedingsrichtlijn of de nutsrichtlijn. Dat in dit verband aansluiting wordt gezocht bij de overheidsbegrippen uit de aanbestedingsrichtlijnen is niet onlogisch, aangezien van het begrippenkader in de aanbestedingsrichtlijnen een harmoniserende werking lijkt uit te gaan. De tendens is dat in andere Europese wetgeving voor het begrip overheid in toenemende mate wordt aangesloten bij de overheidsbegrippen uit het aanbestedingsrecht. Dit is namelijk een relatief uitgekristalliseerd begrippenkader.

Ten slotte is in dit hoofdstuk bij wijze van voorbeeld nagegaan in hoeverre woningcorporaties enerzijds en ProRail anderzijds, verplicht zijn om rechtstreekswerkende richtlijnen toe te passen. Zij lijken daartoe inderdaad verplicht te zijn, zij het dat die verplichting bij woningcorporaties waarschijnlijk beperkt is tot richtlijnen op het gebied van de volkshuisvesting. Woningcorporaties en ProRail dienen derhalve de relevante richtlijnen toe te passen en burgers kunnen die richtlijnen tegen hen inroepen bij de nationale rechter.

Hoofdstuk 14 Rechtsvergelijking met Zuid-Afrika

14.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag naar publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen en de mogelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens handelingen van dergelijke instellingen in Zuid-Afrika. Een belangrijke pijler in Zuid-Afrika in dit verband betreft de vraag naar de toepasselijkheid van de grondrechten op het handelen van semipublieke instellingen. Daarop wordt ingegaan in § 14.2 Of de grondrechten (Bill of Rights) in *verticale* zin van toepassing zijn, is afhankelijk van het in de Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (hierna: Constitution) gedefinieerde begrip 'organ of state'. Het 'organ of state' begrip is een centraal begrip dat niet alleen de reikwijdte van de verticale werking van de grondrechten bepaalt, maar ook van andere publiekrechtelijke normen, zoals de waarden en beginselen aangaande public administration,[1] de aanbestedingsregels[2] en de beginselen van co-operative government and intergovernmental relations.[3] Daarnaast is het (mede) bepalend bij de afbakening van de judicial review procedure en de toegang tot overheidsinformatie. Het 'organ of state' begrip heeft aldus een 'multifunctioneel' karakter. Achterhaald zal worden aan de hand van welke criteria het 'organ of state' begrip wordt afgebakend. Deze criteria zullen worden vergeleken met de criteria die naar Nederlands recht worden gehanteerd om de verticale toepasselijkheid van de grondrechten af te bakenen. Voorts zal worden ingegaan op de *horizontale* werking van de grondrechten en het fenomeen *indirecte* werking.

Een andere belangrijke pijler in het kader van publiekrechtelijke normering en bestuursrecthelijke rechtsbescherming is de 'judicial review procedure'. De judicial review procedure is een bijzondere bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure ter beslechting van publiekrechtelijke geschillen waarbij de rechter een beslissing van de overheid op haar juridische aspecten beoordeelt. Wanneer de judicial review procedure van toepassing is op een semipublieke instelling dan kan de rechter het handelen van die instelling toetsen aan publiekrechtelijke normen die in zekere zin vergelijkbaar zijn met de Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nagegaan zal worden aan de hand van welke criteria de toepasselijkheid van de judicial reviewprocedure wordt afgebakend. Gaat het hier om formele (of: institutionele) of materiële criteria, of een combinatie van deze? Een vergelijking zal worden gemaakt met de wijze waarop naar Nederlands recht ten aanzien van semipublieke instellingen de toegang tot de bestuursrechter

1 Section 195(2) Constitution.
2 Section 217(1) Constitution.
3 Section 41(1) Constitution.

en de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt afgebakend. De judicial review procedure komt aan de orde in § 14.3.

Met betrekking tot publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen kan ook nog gewezen worden op het aanbestedingsrecht, openbaarheid van bestuur en de competentie van ombudsmanachtige figuren als de Public Protector en de Auditor General.[4] Hierbij spelen vergelijkbare afbakeningsvraagstukken als bij de vraag naar de toepasselijkheid van de grondrechten en de toegang tot de judicial reviewprocedure. In dit onderzoek worden die vraagstukken niet verder uitgewerkt. Alleen het aanbestedingsrecht komt zijdelings aan de orde.

Verder springt in het oog dat de vraag naar de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen en de toegang tot de judicial reviewprocedure in het Zuid-Afrikaanse recht wordt beantwoord aan de hand van de zogenaamde *'classification approach'*. Deze benadering gaat uit van de veronderstelling dat elk handelen kan worden gekwalificeerd als publiekrechtelijk dan wel als privaatrechtelijk, hetgeen bepalend is voor het al dan niet van toepassing zijn van publiekrechtelijke normen.[5] In Zuid-Afrika staat de klassificatiebenadering onder druk. Zij wordt wel beschouwd als een voorbeeld van 'South African jurisprudential conservatism'[6] en wordt door sommigen omschreven als '(...) a formalistic and conceptual approach to the regulation of state commercial activity where the form of the action or the conceptual label attached to it determines the judicial control of such action.'[7] De voor- en nadelen die worden genoemd in het debat over de klassificatiebenadering worden uiteengezet in §14.4. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 14.5).

14.2 Grondrechten

14.2.1 Inleiding

Ter beantwoording van de vraag naar publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen wordt in deze paragraaf allereerst ingegaan op de toepasselijkheid van de grondrechten (Bill of Rights) uit de Final Constitution 1996 (hierna: Constitution). Deze Final Constitution werd voorafgegaan door de Interim Constitution 1993, die het resultaat was van de onderhandelingen binnen the Conference for a Democratic South Africa (CODESA). De Interim Constitution werd op 22 december 1993 formeel aangenomen door het pre-democratische

4 Zie over het aanbestedingsrecht: Bolton 2007, p. 63 e.v., p. 267 e.v.; Bolton 2010, p. 101-118. Over de toegang tot (overheids)informatie: Hoexter 2012, p. 94-102; Khoza & Adam 2007, p. 229-242. Over de Public Protector: Hoexter 2012, p. 88-92; Bishop & Woolman (losbl.), § 24A. Over de Auditor General: Hoexter 2012, p. 93-94; Woolman & Schutte (losbl.), § 24B.

5 Quinot 2009, p. 52-56.

6 Quinot 2009, p. 52 onder verwijzing naar Klare 1998, p. 169.

7 Quinot 2009, p. 52 onder verwijzing naar Hoexter 2004a, p. 597-599. In het citaat wordt gesproken over 'state commercial activity', maar de klassificatiebenadering ziet uitdrukkelijk ook op de vraag naar publiekrechtelijke normering van *private* instellingen. Zie Quinot 2009, p. 55-56.

driekamer parlement dat tot dan toe nog steeds functioneerde.[8] Op 27 april 1994 trad de Interim Constitution in werking. Het doel van de Interim Constitution was het verwezenlijken van een Final Constitution door een Constitutional Assembly, bestaande uit de National Assembly en de Senate tezamen.[9] De Final Constitution 1996, of beter: de 'Constitution of the Republic of South Africa, 1996'[10] is op 4 februari 1997 in werking getreden.[11]

De Constitution functioneert als 'the supreme law'; alle rechtsregels en gedragingen dienen er mee in overeenstemming te zijn (s 2).[12] Verder vormt de Constitution volgens het Constitutional Court één rechtssysteem: 'It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control.'[13]

De toepasselijkheid van de Bill of Rights is in section 8(1) van de Constitution opgehangen aan het begrip 'organ of state' dat in section 239 van de Constitution wordt gedefinieerd.[14] Het gaat hier om *directe verticale werking* van de Bill of Rights, dat wil zeggen: de toepassing van de grondrechten in de relatie tussen burger en overheid. Het begrip organ of state is overigens niet alleen bepalend voor de toepasselijkheid van de Bill of Rights, maar ook voor de toepasselijkheid van andere normen uit de Constitution. Instellingen die kwalificeren als organ of state kunnen onder andere ook gebonden zijn aan de waarden en beginselen aangaande public administration,[15] de aanbestedingsregels[16] en de beginselen van co-operative government and intergovernmental relations.[17] Zo bezien heeft het begrip 'organ of state' een multifunctioneel karakter: het bepaalt de reikwijdte van verschillende normen. Een antwoord wordt gezocht op de vraag in hoeverre

8 Dit parlement bestond uit drie kamers: Assembly for Whites, Delegates for Indians en Representatives for Coloureds. Zie de Constitution of the Republic of South Africa, Act 110 of 1983 en De Waal 2004, p. 58-59.

9 De samenstelling van de Constitutional Assembly was nagenoeg gelijk aan de verkiezingsuitslag van 1994.

10 Aanvankelijk werd de Final Constitution aangeduid als de 'Constitution of the Republic of South Africa (Act No. 108 of 1996)'. Omdat de Constitution niet is aangenomen door het parlement, maar door de Constitutional Assembly, is in 2005 besloten om aan de Constitution geen wetsnummer te verbinden. Vandaar dat de huidige benaming van de Constitution luidt: 'Constitution of the Republic of South Africa, 1996'. Zie Citation of Constitutional Laws Act 5 of 2005.

11 Zie over het ontstaan van de Interim en Final Constitution: De Waal 2004, p. 63-66.

12 Section 2 van de Constitution bepaalt: 'This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled.'

13 *Pharmaceutical Manufacturers Associations of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa* 2000 (2) SA 674 (CC), par. 44.

14 Section 8(1) bepaalt: 'The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state.'

15 Section 195(2). Deze beginselen zijn niet direct inroepbaar jegens organs of state. Zie Hoexter 2012, p. 19.

16 Section 217(1). Overigens moet section 217(1) niet zo worden gelezen dat deze bepaling van toepassing is op alle organs of state. Alleen organs of state die deel uitmaken van de nationale, provinciale of lokale overheid zijn gebonden aan section 217(1), evenals organs of state waarvan de wet section 217(1) van toepassing verklaart. Zie ook Penfold & Reyburn (losbl.), § 25.2(c).

17 Section 41(1). Het betreft ook hier alleen organs of state die deel uitmaken van de nationale, provinciale of lokale overheid.

semipublieke instellingen kunnen worden aangemerkt als organ of state en aan de hand van welke criteria dit concept in de rechtspraak wordt afgebakend (§ 14.2.2).

In de tweede plaats wordt in § 14.2.3 ingegaan op de *directe horizontale werking* van de Bill of Rights. Section 8(2) van de Constitution bevat een expliciete grondslag voor directe horizontale werking. Nagegaan wordt in hoeverre de Bill of Rights direct horizontaal van toepassing is op private instellingen die niet kwalificeren als 'organ of state'. De expliciete erkenning van directe horizontale werking relativeert overigens wel enigszins de betekenis van de verticale werking van de Bill of Rights.

Naast directe werking vindt ook *indirecte werking* van de Bill of Rights plaats. Dit gebeurt zowel in verticale als horizontale relaties. De grondslag daarvoor is gelegen in section 39(2) van de Constitution. Dit wordt behandeld in § 14.2.4.

Vervolgens wordt in § 14.2.5 nagegaan in hoeverre state owned enterprises aan de grondrechten gebonden zijn.

In § 14.2.6 wordt de toepassingssfeer van de Bill of Rights vergeleken met de reikwijdte van de toepasselijkheid van de grondrechten naar Nederlands recht.

14.2.2 Directe verticale werking: het 'organ of state'-begrip (section 239 Constitution)

14.2.2.1 Algemeen

In section 239 van de Constitution wordt het begrip 'organ of state' als volgt gedefinieerd:

> 'organ of state' means-
> (a) any department of state or administration in the national, provincial or local sphere of government; or
> (b) any other functionary or institution –
> (i) exercising a power or performing a function in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
> (ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation, but does not include a court or a judicial officer;

In de aanhef van de definitie wordt door middel van het woordje 'means' expliciet bepaald wat onder het begrip 'organ of state' wordt verstaan. Daaruit kan worden afgeleid dat interpretaties van het concept 'organ of state' van vóór de inwerkingtreding van de Final Constitution 1996 – zoals bijvoorbeeld in Section 233 Interim Constitution 1993[18] – slechts van secundair belang zijn.[19]

Voor het antwoord op de vraag in hoeverre private instellingen 'organ of state' kunnen zijn, is Section 239(b)(ii) bepalend. De andere paragrafen zien vooral op (de klassieke) overheidsinstellingen waarvan evident is dat zij 'organ of state' zijn. Met betrekking tot de definitie onder paragraaf (a) rijst nog wel het probleem dat

18 Volgens Section 233(1)(ix) Interim Constitution omvatte het concept 'organ of state' 'any statutory body or functionary'.

19 Ka Mdumbe 2005, p. 2.

niet helemaal duidelijk is wat precies de reikwijdte is van de term 'administration'. Het is van belang hier even de aandacht op te vestigen omdat een *ruime* benadering van dit begrip mogelijk zou kunnen betekenen dat ook de later nog te bespreken state owned enterprises tot de administration worden gerekend. In een engere interpretatie vallen zij daarbuiten. Dat neemt niet weg dat state owned enterprises ook in een engere benadering als 'organs of state' kunnen kwalificeren, zij het dan op grond van het criterium onder paragraaf (b)(ii): 'public power' of 'public function' 'in terms of any legislation'. Voor de normering maakt dat nog wel enig verschil. De organs of state onder paragraaf (a) zijn voor *al* hun handelen organs of state terwijl de instellingen onder paragraaf (b)(ii) alleen organs of state zijn *voor zover* zij public powers of public functions uitoefenen; daarbuiten niet.[20]

De vraag die vervolgens rijst is wat wordt verstaan onder de bewoordingen 'exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation' in de zin van paragraaf b(ii). Twee elementen zijn hier te ontwaren. Enerzijds een publieke bevoegdheid of publieke taak en anderzijds de wettelijke grondslag daarvan.[21] De woorden 'public power' en 'public function' worden in de Contstitution niet nader gedefinieerd. Hoogstens kan volgens Ka Mdumbe uit de rechtspraak van het Constitutional Court worden afgeleid wat wordt verstaan onder de term 'public'. In het kader van het begrip 'public concern' zoals gehanteerd in section 1 van de Commissions Act 8 uit 1947 overwoog het Constitutional Court:

> 'The use of "public" to qualify concern makes it clear therfore that the concern must not be a private or undiclosed concern of the President. It must be a concern of members of the public and which is widely shared. The word "public" needs to be construed in its context and with common sense. It would be quite inappropriate to require the concern to be one shared by every single member of the South African public, for that would be to create a condition that could, arguably, never be met. However, the concern must be one shared by a significant segment or portion of the public.'[22]

Tegen de achtergrond van deze overweging stelt Ka Mdumbe dat de uitoefening van private powers of private functions geen organ of state kunnen opleveren. Daarnaast stelt hij dat de uitoefening van 'power' alleen 'public' van aard kan zijn als het de leden van de samenleving in het algemeen, of een bepaald gedeelte daarvan, raakt.[23] Maar daarmee is nog niet helder wat nu precies wordt verstaan onder 'public power' en 'public function'.

20 Ka Mdumbe 2005, p. 9-10; Currie & De Waal 2005, p. 48.

21 Currie & De Waal 2005, p. 48. Zie over het begrip 'legislation' in dit verband Ka Mdumbe 2005, p. 18-19.

22 *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union* 2000 (1) SA 1 (CC), par. 175.

23 Ka Mdumbe 2005, p. 11-12, p. 18.

14.2.2.2 Rechtspraak

In deze paragraaf wordt de belangrijkste rechtspraak besproken in het kader van section 239(b)(ii) Constitution. Het gaat om standaardjurisprudentie en andere rechtspraak die in de Zuid-Afrikaanse literatuur als relevant wordt beschouwd.[24] De belangrijkste uitspraak die tot nog toe is gewezen is *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council* van het Constitutional Court.[25] In deze zaak komt AAA investments op tegen de regels gemaakt door de Micro Finance Regulatory Council (hierna: Council) conform een door de Minister of Trade and Industry uitgevaardigde Exemption Notice op grond van section 15A van de Usury Act.[26] Op grond van de genoemde Exemption Notice zijn zogenaamde micro-lenders uitgezonderd van de Usury Act. Daarbij geldt als voorwaarde dat de micro-lenders zich registreren bij een 'regulatory institution'. De Council is door de minister als een zodanige 'regulatory institution' aangewezen. Conform de Exemption Notice maakt de Council (de gewraakte) regels ter regulering van de micro-lending industry. De Council is een private instelling en geïncorporeerd als een 'limited liability company' in de zin van section 21 Companies Act. Verder bestaat zij uit afgevaardigden van de overheid, gelduitlenende instellingen en instellingen gericht op de bescherming van de consument.[27]

De vraag die het Constitutional Court moet beantwoorden, is in hoeverre de Constitution en met name de Bill of Rights van toepassing zijn op de door de Council gemaakte regels.[28] Daarvoor is bepalend of de Council in dat geval handelde als organ of state. Met andere woorden: de vraag is of de Council bij het vervaardigen van de regels uitvoering gaf aan een 'public power' of 'public function' in de zin van section 239(b)(ii) Constitution.[29]

Na een rechtsvergelijkend uitstapje naar Engeland, de Verenigde Staten en Canada wordt deze vraag positief beantwoord in het meerderheidsoordeel van Yacoob J.[30] Eerst oordeelt Yacoob J dat het handelen van de Council kan worden aangemerkt als 'a function in terms of national legislation [the Exemption Notice]'.[31] Dit betekent dat aan één van de twee elementen van paragraaf b(ii)

---

24 Het is in Zuid-Afrika gebruikelijk om bij de bespreking van de rechtspraak steeds te verwijzen naar het meerderheidsoordeel van een met name genoemde rechter. In dit onderzoek wordt daarbij aangesloten. Als wordt verwezen naar het oordeel van een andere rechter wordt dat expliciet aangegeven. Achter de namen van de rechters is steeds aangegeven wat hun functie is door middel van een afkorting (bijvoorbeeld: 'J', 'CJ', 'AJ' etc.). Hieronder wordt duidelijk gemaakt waarvoor de verschillende afkortingen staan:
ADJP: Acting Deputy Justice President; AJ: Acting Justice; AJA: Acting Justice of Appeal; AJP: Acting Justice President; CJ: Chief Justice; DCJ: Deputy Chief Justice; DJP: Deputy Justice President; DP: Deputy President; J: Justice; JA: Justice of Appeal; JP: Justice President; P: President.

25 2007 (1) SA 343 (CC).

26 Act 73 of 1968.

27 Zie voor een beschrijving van de achtergronden van de zaak par. 5-14.

28 De vraag naar de toepasselijkheid van de Bill of Rights is relevant omdat AAA Investments betoogde dat bepaalde regels in strijd waren met het recht op privacy van zowel de geldgever als de geldlener.

29 Par. 25.

30 Zie voor de rechtsvergelijkende notities par. 32-38.

31 Par. 42.

is voldaan. Vervolgens gaat Yacoob J na of sprake is van een 'public function'. Daarover oordeelt hij positief en overweegt in korte bewoordingen:

> 'The Minister decided to determine a regime that enabled the Council to regulate this sector of the moneylending industry. The fact that the Minister passed on the regulatory duty means that the function performed must at least be a public function.'[32]

Met deze overweging eindigt de redenering van Yacoob J niet. Hij staat nog uitgebreid stil bij de nagenoeg volledige *controle* die de minister uitoefent op het functioneren van de Council, waaruit volgens hem tevens blijkt dat de Council een public function verricht in plaats van een private function.[33] Dit blijkt volgens Yacoob J ook uit de *vormgeving* en het *mandaat* van de Council:

> 'The fundamental difference between a private company registered in terms of the Companies Act and the Council is that the private company, while it has to comply with the law, is autonomous in the sense that the company itself decides what its objectives and functions are and how it fulfils them. The Council's composition and mandate show that although its legal form is that of a private company, its functions are essentially regulatory of an industry. These functions are closely circumscribed by the ministerial notice. I strain to find any characteristic of autonomy in the functions of the Council equivalent to that of an enterprise of a private nature. The Council regulates in the public interest and in the performance of a public duty.'[34]

Het hof noemt dus verschillende factoren om tot de conclusie te komen dat sprake is van een public function, namelijk: het feit dat de minister de reguleringstaak heeft doorgeschoven aan de Council; de ministeriële controle op haar functioneren en; uit haar vormgeving en het mandaat volgt dat de Council niet autonoom kan functioneren. Uit deze uitspraak en andere rechtspraak inzake section 239(b)(ii) Constitution kan echter geen conclusie worden getrokken over welke criteria nu al dan niet noodzakelijk of doorslaggevend zijn. Ka Mdumbe constateert dat er in de jurisprudentie verschillende 'testen' worden gehanteerd, zonder dat duidelijk is welke daarvan bepalend zijn. Zo wordt (ook) belang gehecht aan het feit dat wordt gehandeld in 'the public interest', dat een instelling bij wet is opgericht, dat de instelling door de staat wordt gefinancierd, dat het bestuur door de overheid wordt benoemd, dat er ambtenaren werkzaam zijn et cetera.[35]

14.2.2.3 'Control test'

In de literatuur is de vraag gerezen of er onder section 239(b)(ii) Constitution een plaats behoort te zijn voor de zogenaamde 'control test'.[36] Paragraaf (b)(ii) spreekt

32 Par. 43.
33 Par. 44.
34 Par. 45.
35 Ka Mdumbe 2005, p. 22-24.
36 Zie onder anderen Ka Mdumbe 2005, p. 1-28; Quinot 2009, p. 63-67; Hoexter 2012, p. 161-163.

namelijk niet over 'control' maar alleen over 'public power' en 'public function'.[37] De 'control test' werd onder de Interim Constitution 1993 geïntroduceerd door Van Dijkhorst J in *Directory Advertising Cost Cutters v Minister of Posts, Telecommunications and Broadcasting*.[38] Hij overweegt:

> 'The concept [of "organ of state"] as used in s 7(1) of the Constitution must be limited to institutions which are an intrinsic part of government – ie part of the public service or consisting of government appointees at all levels of government – national, provincial, regional, and local – and those institutions outside the public service which are controlled by the State – ie where the majority of the members of the controlling body are appointed by the State or where the functions of that body and their exercise is prescribed by the State to such extent that it is effectively in control. In short, the test is whether the State is in control.'[39]

De 'control test' is ook toegepast onder de huidige Constitution van 1996. Dit bracht Van Dijkhorst J ertoe om in *Lebowa Miniral Trust v Lebowa Granite (Pty) Ltd* te overwegen dat '[i]t must therefore be concluded that the control test to determine whether a body is an organ of State is now generally accepted.'[40] Het Supreme Court of Appeal zag dit in beginsel anders, omdat het begrip 'organ of state', vergeleken met de definitie in de Constitution van 1993, 'is differently and comprehensively defined in the Constitution [1996].'[41] In *Mittalsteel South Africa Ltd v Hlatshwayo*[42] hanteert Conradie JA voor hetzelfde hof een andere benadering:

> 'The control test is useful in a situation when it is necessary to determine whether functions, which by their nature might as well be private functions, are performed under the control of the State and are thereby turned into public functions instead. This converts a body like a trading entity, normally a private body, into a public body for the time and to the extent that it carries out public functions.'[43]

Maar Conradie JA realiseert zich ook dat de criteria 'control' en 'public function' hier door elkaar gaan lopen – ook zonder 'control' kan immers sprake zijn van een

37 Ka Mdumbe 2005, p. 1-28 stelt daarom dat er geen ruimte is voor een 'control test' als criterium ter bepaling van het begrip 'organ of state'.

38 1996 (3) SA 800 (T).

39 P. 810.

40 2002 (3) SA 30 (T), p. 35. Zie ook *Korf v Health Professions Council of South Africa* 2000 (1) SA 1171 (T), p. 1177-1178.

41 *Minister of Education, Western Cape, and Others v Governing Body, Mikro Primary School, and Another* 2006 (1) SA 1 (SCA), par. 20. Zie ook Davis J in *Inkatha Freedom Party v Truth and Reconciliation Commission* 2000 (3) SA 119 (C), p. 133: 'The definition of organ of State in the 1996 Constitution expand the definition beyond such institutions for it includes within the definition those institutions or functionaries who might otherwise be outside of the State but which exercise public power.'

42 2007 (1) SA 66 (SCA).

43 Par. 19.

publieke taak – en geeft aan dat de 'control test' 'may (...) not be the most suitable one.'

> 'I mention these approaches not because the control test is inappropriate in the present case but to emphasise that the test may, under given circumstances, not be the most suitable one. In an era in which privatisation of public services and utilities has become commonplace, bodies may perform what is traditionally a government function without being subject to control by any of the spheres of government and may therefore, despite their independence from control, properly be classified as public bodies.'[44]

Dan rest de vraag wat de benadering is van het Constitutional Court. Volgens Quinot kan uit *Independent Electoral Commission v Langeberg Municipality*[45] worden afgeleid dat de 'control test' volgens het Constitutional Court niet het primaire criterium is om te bepalen of sprake is van een organ of state.[46] Het hof concludeert in paragraaf 22 dat de Independent Electoral Commission (IEC) 'exercises public powers and performs public functions in terms of the Constitution and it is therefore an organ of State as defined in s 239 of the Constitution.' In paragraaf 27 overweegt het hof ook dat de IEC een onafhankelijk orgaan is dat geen deel uitmaakt van 'a sphere of government'. Die laatste overweging wijst er volgens Quinot op dat de focus niet ligt op 'control', maar op het criterium van 'public function'.

In de hiervóór behandelde uitspraak *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council* zagen we echter dat Yacoob J uitgebreid is ingegaan op de controle die de minister uitoefent op het functioneren van de Micro Finance Regulatory Council. Die ministeriële controle duidt er volgens hem op dat de Council een public function verricht.[47] Dit betekent dat de 'control test' als zodanig niet bepalend is of een instelling kan worden aangemerkt als een organ of state, maar controle is wel een relevante factor om te bepalen of de functie die de instelling uitoefent publiek van aard is.[48] Met andere woorden: de control test vormt geen extra criterium naast de in section 239(b)(ii) genoemde criteria 'public power' en 'public function'. Volgens Hoexter sluit de redenering van het Constitutional Court in *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council* dan ook meer aan op de benadering van Conradie JA in *Mittalsteel South Africa Ltd v Hlatshwayo* dan op de benadering die Van Dijkhorst J hanteerde in *Directory Advertising Cost Cutters v Minister of Posts, Telecommunications and Broadcasting* en *Lebowa Miniral Trust v Lebowa Granite (Pty) Ltd.*[49] In de uitspraken van Van Dijkhorst J vormt de 'control test' op zichzelf een criterium om te bepalen of sprake is van een organ of state. Dat is in *Mittalsteel South Africa Ltd v Hlatshwayo* en *AAA Investments (Pty)*

44 Par. 22.
45 2001 (3) SA 925 (CC).
46 Quinot 2009, p. 66-67.
47 2007 (1) SA 343 (CC), par. 44-45.
48 Quinot 2009, p. 67 voetnoot 111.
49 Hoexter 2012, p. 163.

Ltd v Micro Finance Regulatory Council anders. In die uitspraken zegt 'control' niet zozeer iets over de aard van de instelling, maar alleen iets over de (publieke) aard van de functie die wordt verricht.

14.2.3 Directe horizontale werking van de Bill of Rights

Onder bepaalde omstandigheden kunnen semipublieke instellingen die niet kunnen worden aangemerkt als 'organ of state' (non-state actors) toch direct gebonden zijn aan de Bill of Rights. Section 8(2) biedt daarvoor een expliciete grondslag. Section 8(2) bepaalt:

> A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.

Section 8(3) bepaalt vervolgens wat de rechter moet doen als hij een bepaling van de Bill of Rights direct toepast.

> When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court-
> (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and
> (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36 (1).

Section 8(2) en section 8(3) zien op de situtatie waarin een private entiteit die gebonden is aan een bepaling van de Bill of Rights, zich jegens een andere private entiteit beroept op een rechtsregel (een wettelijke regel of regel van common law) die in strijd is met de betrokken bepaling van de Bill of Rights. In dat geval is de rechter gehouden de common law zodanig toe te toepassen of te ontwikkelen dat recht wordt gedaan aan de geschonden norm uit de Bill of Rights.[50]

In *Khumalo v Holomisa*[51] oordeelde het Constitutional Court dat het recht op vrijheid van meningsuiting (s 16) direct horizontaal van toepassing is in het geval dat leden van de media wegens smaad worden aangeklaagd door een politicus. Dit is de eerste en vooralsnog enige uitspraak waarin het hof directe horizontale werking heeft aangenomen. De casus betreft een publicatie in the Sunday World waarin werd gesteld dat een bekende Zuid-Afrikaanse politicus betrokken zou zijn bij een bende bankovervallers en dat hij in dat kader onderworpen was aan een politieonderzoek. De politicus startte daarop een zaak wegens smaad tegen de verantwoordelijke leden van de media. De centrale vraag is of de common law regels inzake smaad in overeenstemming zijn met het recht op vrijheid van meningsuiting in section 16 van de Constitution, nu die regels niet vereisen dat de

50 Woolman (losbl.), § 31.4 (a)(iv-v), § 31.4 (c)(i) en § 31.4(d)(i).
51 2002 (5) SA 401 (CC).

klager stelt dat de betrokken publicatie onjuist is.[52] Om die vraag te kunnen beantwoorden gaat het hof eerst na of section 16 – het recht op vrijheid van meningsuiting – direct horizontaal van toepassing is in deze zaak. Het hof beantwoordt die vraag positief. Bepalend voor die conclusie is volgens het hof 'the intensity of the constitutional right in question, coupled with the potential invasion of that right which could be occasioned by persons other than the state or organs of state'.[53] De vraag is wat wordt bedoeld met 'the intensity of the constitutional right in question'. Volgens Currie & De Waal kan dit wellicht worden afgeleid uit het recht in kwestie – de vrijheid van meningsuiting. Het hof zegt daarover dat het 'is integral to a democratic society' en dat het recht is 'constitutive of the dignity and autonomy of human beings'.[54] Verder overweegt het hof dat 'freedom of expression is fundamental to our democratic society', hoewel 'it is not a paramount value'.[55] Deze overwegingen duiden er volgens Currie & De Waal op dat het recht op vrijheid van meningsuiting zodanig 'intense' is dat het voor directe horizontale werking in aanmerking komt.[56]

Niet alle bepalingen van de Bill of Rights zijn dus direct van toepassing op non-state actors. Currie & De Waal noemen vijf aspecten waarmee rekening gehouden moet worden bij de vraag of een bepaling van de Bill of Rights toepassing vindt.[57] In de eerste plaats wijzen zij er op dat section 8(2) spreekt over 'a provision' en niet over 'a right'. Daardoor is het niet ondenkbaar dat sommige provisions binnen één section wel en andere provisions niet van toepassing zijn, terwijl beide provisions betrekking hebben op een en hetzelfde grondrecht. Zo is de vrijheid om politieke keuzen te maken (s 19(1)) waarschijnlijk direct horizontaal van toepassing, terwijl het recht op 'free, fair and regular elections' (s 19(2)) alleen verticaal van toepassing is op staatsorganen. Ten tweede moet rekening worden gehouden met de aard van de (private) handeling en de context, waardoor over de toepasselijkheid in horizontale verhoudingen geen algemene uitspraken kunnen worden gedaan. Zo menen Currie & De Waal dat de verplichting om de cautie te geven (s 35(1)) bij een aanhouding niet in zijn algemeenheid geldt in private verhoudingen. Dat neemt niet weg dat die verplichting in bijzondere gevallen toch van toepassing is, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een particuliere bewaker. Tevens moet, in de derde plaats, acht worden geslagen op het doel van de betrokken bepaling. Het recht om de Republiek te verlaten (s 21(2)) beoogt bijvoorbeeld de staat ervan te weerhouden om mensen gevangen te houden binnen de landsgrenzen. Een dergelijke

52 De centrale vraag is volgens het hof 'whether the common law of defamation as developed by our courts is inconsistent with the Constitution. In particular, it raised the question whether, to the extent that the law of defamation does not require a plaintiff in a defamation action to plead that the defamatory statement is false in any circumstances, the law limits unjustifiably the right to freedom of expression as enshrined in section 16 of the Constitution.' (par. 4).

53 Par. 33.

54 Par. 22.

55 Par. 25.

56 Currie & De Waal 2005, p. 52.

57 Currie & De Waal 2005, p. 53-54. Zie over de vraag welke bepalingen wel en welke niet van toepassing zijn op non-state actors ook Clapham 2006, p. 458-460 en de bespreking van de aldaar genoemde literatuur, waaronder Cheadle & Davis 1997, p. 57-60.

bepaling heeft in beginsel niet de bedoeling om horizontaal toegepast te worden. In de vierde plaats is van belang de aard van de verplichtingen die volgen uit het betrokken recht. De gedachte is dat de verplichtingen voor particulieren niet zover mogen gaan als die aan de overheid worden opgelegd. De reden daarvoor is dat private instellingen doorgaans handelen vanuit een privaat belang, terwijl de overheid steeds het welbevinden van de samenleving als geheel voor ogen heeft. Daar komt bij dat private instellingen meestal moeten zorgdragen voor hun eigen inkomsten, terwijl de overheid door publieke middelen wordt gefinancierd. Gelet hierop zou bijvoorbeeld de verplichting om elk kind te voorzien van de minimaal noodzakelijke gezondheidszorg (s 28(1)(c)) niet van toepassing zijn op een privaat ziekenhuis. Ten slotte bepaalt de betrokken grondrechtbepaling soms zelf of zij al dan niet van toepassing is op non-state actors. Section 9(4) Constitution bepaalt bijvoorbeeld dat discriminatie voor *iedereen* verboden is.[58]

Tegen de achtergrond van voornoemde aspecten concluderen Currie & De Waal dat de volgende bepalingen van de Bill of Rights niet van toepassing zijn op non-state actors:

- bepalingen inzake burgerschapsrechten (s 20, 21(3) en (4));
- bepalingen inzake het recht op 'just administrative action' (s 33);
- bepalingen inzake de rechten van 'arrested, detained and accused persons' (s 35);
- bepalingen die positieve verplichtingen bevatten tot het maken van regelgeving of het nemen van andere maatregelen inzake het milieu (s 24(b)), ter realisering van het recht op huisvesting (s 26), het recht op gezondheidszorg, voedsel, water en sociale zekerheid (s 27) en het recht op onderwijs (s 29).[59]

Door de Zuid-Afrikaanse rechter wordt de Bill of Rights nauwelijks direct toegepast in horizontale verhoudingen. Het Constitutioneel Court heeft – als hiervoor uiteengezet – vooralsnog alleen in de zaak *Khumalo v Holomisa* directe horizontale werking aangenomen. Een van de redenen dat directe horizontale werking nauwelijks voorkomt, is gelegen in het beginsel van 'avoidance'. Dit beginsel brengt met zich dat de rechter eerst indirecte toepassing dient te overwegen. Interessant is dat het hof in *Khumalo v Holomisa* echter lijkt te suggereren dat de rechter directe toepassing moet geven aan de Bill of Rights voor zover dat mogelijk is.[60] Eerder werd duidelijk dat directe horizontale toepassing soms niet mogelijk is, omdat de betrokken bepalingen van de Bill of Rights op grond van section 8(2) niet van toepassing zijn. In dat geval resteert alleen nog de mogelijkheid van indirecte werking in een geschil tussen non-state actors.[61]

58 Section 9(4) bepaalt: '*No person* may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.' [curs. NJ]

59 Currie & De Waal 2005, p. 54-55.

60 Currie & De Waal 2005, p. 51-52 en p. 75-78.

61 Currie & De Waal 2005, p. 73.

Ten slotte zij opgemerkt dat de expliciete erkenning van directe horizontale werking wel enigszins de betekenis van de verticale werking van de Bill of Rights relativeert. Desalniettemin zijn er, zoals hiervoor is gebleken, verschillen aan te wijzen tussen directe horizontale werking en directe verticale werking, waardoor de vraag naar verticale werking relevant blijft. Zo komen niet alle bepalingen van de Bill of Rights in aanmerking voor directe horizontale werking. Daarnaast wordt directe horizontale werking nauwelijks door de rechter toegepast, vanwege het eerder genoemde 'avoidance'-beginsel.[62]

14.2.4 Indirecte werking van de Bill of Rights

In de vorige paragraaf is aangegeven dat de rechter vanwege het beginsel van 'avoidence' steeds eerst indirecte toepassing van de Bill of Rights dient te overwegen. Over de indirecte werking van de Bill of Rights bestaat nog veel onduidelijkheid. Hieronder volgt een beknopte beschrijving van het leerstuk.

Indirecte werking vindt plaats in zowel verticale als horizontale verhoudingen.[63] Het houdt kort gezegd in dat de rechter de bestaande rechtsregels (wettelijke regels of common law) interpreteert dan wel ontwikkelt conform de Bill of Rights. De grondslag daarvoor is neergelegd in section 39(2) Constitution waarin is bepaald:

> 'When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.'

De conforme interpretatie van wetgeving wordt wel aangeduid met de term 'reading down': om inconsistenties tussen de wet en de Bill of Rights te voorkomen wordt de wet zodanig geïnterpreteerd dat zij in overeenstemming is met de Bill of Rights.[64] Een dergelijke conforme interpretatie is niet onbegrensd. Zij is alleen mogelijk voor zover dat 'reasonably possible' is; de interpretatie mag niet 'unduly strained' zijn.[65]

De rechter heeft meer ruimte om de common law te ontwikkelen door middel van indirecte werking van de Bill of Rights, dan wanneer hij wetgeving conform moet interpreteren. De reden daarvoor is dat de rechter bij de interpretatie van wetgeving gebonden is aan een redelijke interpretatie van de (door de wetgever gecreëerde) wettelijke bepaling. In het geval van common law is dat anders omdat het rechters recht betreft waarvan de ontwikkeling inherent in de handen van de rechter ligt.[66] De indirecte werking van de Bill of Rights in de common law kan op drie manieren plaatsvinden.[67] Ten eerste kunnen de bestaande common

62 Vergelijk ook Craig 1997, p. 34-35.
63 Currie & De Waal 2005, p. 43.
64 Currie & De Waal 2005, p. 65.
65 Currie & De Waal 2005, p. 66 onder verwijzing naar o.a. *Govender v Minister of Safety and Security* 2001 (4) SA 273 (SCA).
66 Currie & De Waal 2005, p. 67 en p. 69.
67 Currie & De Waal 2005, p. 68-69.

law regels worden veranderd zodat zij beter recht doen aan de Bill of Rights. Een tweede manier van indirecte werking is om de common law toe te passen met inachtneming van de Bill of Rights. In de derde plaats kan indirecte werking plaatsvinden door de inhoud van open normen van common law grondrechtelijk in te kleuren. Gedacht kan worden aan open normen als 'public policy', 'contra bonos mores' en 'unlawfulness'.

De vraag is of er een inhoudelijk relevant verschil is tussen indirecte werking en directe werking. Voor common law geschillen is het onderscheid nauwelijks van belang. In beide gevallen dient de rechter de common law te ontwikkelen, op grond van section 8(3) dan wel op grond van section 39(2) Constitution.[68] Het verschil tussen indirecte en directe werking is van groter belang voor de toetsing van wettelijke bepalingen. Wanneer de bepaling conform de Bill of Rights wordt geïnterpreteerd (indirecte toepassing) dan zal van een schending geen sprake zijn en blijft de wettelijke bepaling gewoon gelden. Is conforme interpretatie niet mogelijk dan dient de rechter na te gaan of de bepaling al dan niet in overeenstemming is met de Bill of Rights (directe werking). Als de rechter de wettelijke bepaling in strijd acht met de Bill of Rights, dan wordt de wettelijke regel ongeldig verklaard. Op grond van section 172 Constitution kan de rechter de gevolgen van de ongeldigverklaring mitigeren door bijvoorbeeld de terugwerkende kracht ervan te beperken.[69]

14.2.5 Rode draad: state owned enterprises

Door de Zuid-Afrikaanse rechter wordt doorgaans aangenomen dat state owned enterprises kwalificeren als 'organ of state' in de zin van section 239 van de Constitution.[70] Zo oordeelde het Constitutional Court over Transnet en South African Airways:

> 'Transnet is a statutory body, under the control of the State, which has public powers and performs public functions in the public interest. It was common cause that SAA is a business unit of Transnet. As such, it is an organ of State and is bound by the provisions of the Bill of Rights in terms of s 8(1), read with s 239, of the Constitution. It is, therefore, expressly prohibited from discriminating unfairly.'[71]

Discussie zou nog kunnen bestaan over de vraag of state owned enterprises vallen onder section 239 paragraaf (a) dan wel onder paragraaf b(ii) (zie reeds § 14.2.2.1). Het lijkt erop dat zij in ieder geval kwalificeren als organ of state in de zin van

68 In uitzonderlijke gevallen kan directe toepassing van een recht uit de Bill of Rights echter een uitkomst bieden, bijvoorbeeld wanneer de klager geen beroep kan doen op een common law regel omdat die ontbreekt. Aan de andere kant kan worden betoogd dat section 39(2) Constitution in dat geval aan de rechter de mogelijkheid biedt om de omissie ongedaan te maken door regels van common law te ontwikkelen. Zie Currie & De Waal 2005, p. 50-51 en p. 74-75; De Waal 2004, p. 90-91.

69 Zie voor rechtspraak over section 172 Constitution: De Waal 2004, p. 92-93.

70 Zie voor rechtspraak Bolton 2010, p. 101.

71 *Hoffmann v South African Airways* 2001 (1) SA 1 (CC), par. 23.

paragraaf b(ii). Of zij ook onder paragraaf (a) vallen hangt af van de reikwijdte van het begrip 'administration'. Bij een ruime interpretatie zou de administration ook state owned enterprises kunnen omvatten; in een nauwere benadering vallen zij daar echter buiten. Rechtspraak hierover is mij onbekend. Zoals eerder aangegeven maakt het qua normering wel enig verschil of state owned enterprises vallen onder paragraaf (a) of (alleen) onder paragraaf b(ii). De organs of state onder paragraaf (a) zijn voor *al* hun handelen organs of state terwijl de instellingen onder paragraaf (b)(ii) alleen organs of state zijn *voor zover* zij public powers of public functions uitoefenen.

Omdat state owned enterprises kunnen worden aangemerkt als organs of state is de Bill of Rights in verticale zin op hen van toepassing en dienen zij de Bill of Rights in acht te nemen.[72] Dit houdt onder meer in dat de administrative actions van state owned enterprises zijn onderworpen aan judicial review (s 33 Constitution) en dat de door hen gehouden informatie in beginsel openbaar toegankelijk dient te zijn (s 32 Constitution). Judicial review komt verder aan de orde in paragraaf 14.3. De toegang tot overheidsinformatie blijft, als eerder aangegeven, buiten beschouwing. Daarnaast zijn state owned enterprises onder andere gebonden aan de waarden en beginselen aangaande public administration.[73]

Het verdient opmerking dat state owned enterprises op grond van section 217 Constitution voorts zijn onderworpen aan aanbestedingsregels, maar niet vanwege hun kwalificatie als 'organ of state'. Section 217 Constitution bepaalt:

> 'When an organ of state in the national, provincial or local sphere of government, or any other institution identified in national legislation, contracts for goods or services, it must do so in accordance with a system which is fair, equitable, transparent, competitive and cost-effective.'

Deze bepaling is alleen van toepassing op een bijzondere categorie van 'organs of state', namelijk: organs of state 'in the national, provincial or local sphere of government'. State owned enterprises kunnen (waarschijnlijk) niet als zodanig worden aangemerkt.[74] Section 217 Constitution is daarentegen van toepassing

72 Section 8(1) Constitution.

73 Section 195(2). De in deze bepaling genoemde beginselen zijn ook van toepassing op 'public enterprises' (section 195(2)(c)). Het begrip public enterprises is nergens gedefinieerd in de Constitution. Waarschijnlijk duidt dit begrip op state owned enterprises. Zie Bodasing (losbl.), § 23A.5. De vraag rijst wat de toegevoegde waarde is van de categorie 'public enterprises', nu state owned enterprises reeds vanwege hun kwalificatie als organs of state gebonden zijn aan section 195 Constitution. Het antwoord luidt dat de categorie 'public enterprises' zekerstelt dat state owned enterprises voor *al* hun handelingen gebonden zijn aan de in section 195 Constitution neergelegde waarden en beginselen, terwijl de gebondenheid via de kwalificatie als organ of state alleen geldt *voor zover* zij een public power of public function uitoefenen.

74 Aldus Bolton 2010, p. 101. Vergelijk voor mogelijk een andere opvatting Penfold & Reyburn (losbl.), § 25.2(c)(i). Zij betogen dat organs of state die onder *overheidscontrole* staan, vallen binnen de nationale, provinciale dan wel lokale sfeer van de overheid. Kenmerkend voor veel state owned enterprises is dat zij onder controle staan van de overheid. Vergelijk voorts *Minister of Education, Western Cape, and others v Governing Body, Mikro Primary School, and Another* 2006 (1) SA 1 (SCA), par. 22, waarin wordt aangeknoopt bij het criterium van 'executive control'.

omdat state owned enterprises kwalificeren als 'any other institution identified in national legislation.' Het komt er kort gezegd op neer dat de state owned enterprises die in de Public Finance Management Act worden aangeduid als public enity, via section 51(1)(a)(iii) PFMA zijn gebonden aan section 217(1) Constitution.[75] De zinsnede 'any other institution identified in national legislation' kan dus zowel organs of state omvatten die geen deel uitmaken van de national, provincial or local sphere of government (zoals state owned enterprises) als instellingen die geen organ of state zijn.[76]

14.2.6 Vergelijking met Nederland

14.2.6.1 Inleiding

Hieronder wordt het Zuid-Afrikaanse recht inzake de toepasselijkheid van de grondrechten op private instellingen vergeleken met het Nederlandse recht. Allereerst wordt ingegaan op de verticale werking van de grondrechten (§ 14.2.6.2). Daarna komt de horizontale werking aan de orde (§ 14.2.6.3).

14.2.6.2 Verticale werking van grondrechten

Evenals in Zuid-Afrika zijn de grondrechten naar Nederlands recht van toepassing op de overheid. In Zuid-Afrika is de verticale werking van de grondrechten (Bill of Rights) expliciet opgehangen aan het concept 'organ of state'.[77] Een dergelijk concept kent de Nederlandse Grondwet niet. Of private instellingen in de context van de toepasselijkheid van de grondrechten tot de overheid kunnen worden gerekend is in Nederland een vraag voor de rechter. De Zuid-Afrikaanse Constitutie maakt het daarentegen expliciet mogelijk dat, naast de traditionele overheidsinstellingen, private instellingen als 'organ of state' kunnen kwalificeren. Dit is afhankelijk van het materiële criterium of een private instelling '[is] exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation (...)' (section 239(b)(ii) Constitution).

Naar Nederlands recht zijn de grondrechten uit de Grondwet in ieder geval van toepassing op private instellingen die kunnen worden gekwalificeerd als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb.[78] Daarvan is sprake

---

Zie ook *Independent Electoral Commission v Langeberg Municipality* 2001 (3) SA 925 (CC), waarin '(on)afhankelijkheid' een bepalende factor is (par. 27-28). De twee voornoemde uitspraken gaan over de toepasselijkheid van hoofdstuk 3 Constitution inzake de beginselen van co-operative government and intergovernmental relations (section 40 en 41). In dat verband speelt eveneens de vraag wat wordt verstaan onder 'national, provincial and local spheres of government'.

75 Section 51(1)(a)(iii) PFMA bepaalt: (1) An accounting authority for a public entity- (a) must ensure that that public entity has and maintains- (iii) an appropriate procurement and provisioning system which is fair, equitable, transparent, competitive and cost-effective.

76 Bolton 2007, p. 65. Het door middel van een expliciete aanwijzing van toepassing verklaren van bepaalde publiekrechtelijke regels op een semipublieke instelling gebeurt ook in de Nederlandse wetgeving. Een voorbeeld daarvan is artikel 1.3 lid 1 onderdeel d van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Wet van 15 november 2012, *Stb.* 2012, 583).

77 Section 8(1) jo. 239 Constitution.

78 Zie § 10.2.2.

voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed. Evenals in Zuid-Afrika betekent dit dat de toepasselijkheid van de grondrechten bepaald wordt aan de hand van een *materieel* criterium: bepalend is de aard van de handelingen en niet de aard van de instelling. Deze materiële benadering houdt tevens in dat de grondrechten geen gelding hebben voor handelingen die geen openbaar gezag inhouden. In zoverre wordt in Nederland een vergelijkbaar systeem gehanteerd als in Zuid-Afrika: de grondrechten zijn niet op alle handelingen van private instellingen van toepassing, maar gelden alleen voor zover die handelingen publiekrechtelijk van aard zijn.

In Zuid-Afrika is de verticale toepasselijkheid van de grondrechten afhankelijk van het antwoord op de vraag of sprake is van 'exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation (...)'. Dit criterium is tweeledig. De eerste eis is dat de publieke bevoegdheid of publieke taak een *wettelijke grondslag* heeft ('in terms of any legislation'). Die eis geldt in beginsel ook voor het bestuursorgaanbegrip. Openbaar gezag houdt in dat men de publiekrechtelijke bevoegdheid heeft tot het bepalen van de rechtspositie (rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten. Het gaat om de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen dan wel feitelijke handelingen. Een bevoegdheid is publiekrechtelijk van aard wanneer de bevoegdheid een wettelijke grondslag heeft. Dat wil zeggen dat de bevoegdheid in een wettelijk voorschrift *exclusief* en *met uitsluiting van ieder ander* aan een private instelling is toegekend. Daarnaast kan een private instelling ook over *buitenwettelijk* openbaar gezag beschikken, namelijk wanneer zij voldoet aan de voorwaarden die zijn ontwikkeld in de zogenaamde 'Silicose-jurisprudentie'. Het bestuursorgaanbegrip is daarmee ruimer dan het begrip 'organ of state', omdat dit laatste begrip vereist dat de bevoegdheid uit de wet voortvloeit. Aan de andere kant is het bestuursorgaanbegrip smaller, omdat een op de wet gebaseerde publieke taak op zichzelf nog geen openbaar gezag oplevert. Dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij de eerste tranche Awb waarin is te lezen dat sprake is van openbaar gezag als aan een orgaan een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.[79] Een bij wet toegekende 'overheidstaak' is onvoldoende voor het aannemen van openbaar gezag; bepalend is of de instelling over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt.[80]

De tweede eis die section 239(b)(ii) van de Zuid-Afrikaanse Constitution stelt, is dat de bevoegdheid en taak 'publiek' van aard zijn. Zoals hiervoor is uiteengezet, wordt een bevoegdheid naar Nederlands recht per definitie als publiekrechtelijk aangemerkt wanneer daarvoor een exclusieve wettelijke grondslag bestaat. In Zuid-Afrika zijn de wettelijke grondslag enerzijds en de aard van de bevoegdheid en taak anderzijds echter twee afzonderlijke aspecten. Dit blijkt ook duidelijk uit *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council*, waarin wordt overwogen:

79 *PG Awb I*, p. 133.
80 Zie § 2.2.4.2.

> 'The nature of the Council as an institution can be disposed of briefly. An organ of state must perform a function in terms of national legislation. The Constitution defines national legislation as including "subordinate legislation made in terms of an Act of Parliament". The Exemption Notice is national legislation and the Council does perform its function in terms of that legislation. The next question to be answered is the nature of its function. Does the Council perform a public function?'[81]

De Zuid-Afrikaanse rechter gebruikt verschillende tests om te kunnen vaststellen of sprake is van een publieke bevoegdheid dan wel publieke taak, zonder dat duidelijk is welke tests bepalend zijn. Factoren die een rol spelen zijn onder andere: het feit dat een overheidstaak is overgenomen; overheidscontrole; of de instelling autonoom kan functioneren; dat bestuursleden door de overheid worden benoemd, dat een instelling bij wet is opgericht, overheidsfinanciering en dat wordt gehandeld in het algemeen belang. Elementen hiervan zijn ook terug te zien bij de determinering van 'openbaar gezag'. In de Silicose-jurisprudentie – waar het weliswaar gaat om buitenwettelijk openbaar gezag – passeren verschillende omstandigheden de revue die de bestuursrechter relevant acht om tot de conclusie te komen dat sprake is van een publieke taak. Te noemen valt de omstandigheid dat de activiteiten van de private instelling 'in overwegende mate door de overheid worden gefinancierd'. Daarnaast speelt ook overheidscontrole een rol. Die kan bestaan uit een overwegende mate van overheidsinvloed – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de overheidsgelden worden besteed of overheidsinvloed op de samenstelling van het bestuur. Voorts acht de rechter het soms relevant dat de private instelling een taak heeft overgenomen die eerst door de overheid werd uitgevoerd. Uit het voorgaande blijkt dat zowel de Nederlandse rechter als de Zuid-Afrikaanse rechter geen materieel criterium van het concept 'publieke taak' hebben geformuleerd. Beide rechters sommen een aantal omstandigheden op waaruit wordt afgeleid of al dan niet een publieke taak aanwezig is, zonder een inhoudelijke notie te geven van wat een publieke taak precies is. Met andere woorden: het materiële concept 'public function' wordt ingevuld aan de hand van formele (of: institutionele) factoren. Dit betekent dat de materiële benadering sterk moet worden gerelativeerd. Vanwege de vaagheid van het begrip public function is het voor de rechter nauwelijks mogelijk hiervan een materiële definitie te geven. Derhalve valt de rechter terug op formele (of: institutionele) factoren. In wezen geldt ook voor de Silicose-jurisprudentie dat niet zozeer de aard van de handeling relevant is, maar andere – meer formele – factoren als financiering en controle.[82]

Soms wordt in de Nederlandse rechtspraak ook van semipublieke instellingen die *niet* kunnen worden gekwalificeerd als bestuursorgaan aangenomen dat zij zijn gebonden aan grondrechten.[83] Of in deze rechtspraak verticale werking is aangenomen kan daaruit niet worden afgeleid, omdat geen expliciet verband is gelegd tussen de toetsing aan het betreffende grondrecht en het overheidskarakter

81 Par. 42.

82 Daarom kan ook worden betwijfeld of het concept van de publieke taak wel een zelfstandige betekenis heeft binnen de Silicose-jurisprudentie.

83 Zie § 10.2.2.

van de betrokken private instelling. In een uitspraak over het Nederlands Congresgebouw N.V. wordt wel enig inzicht gegeven in de omstandigheden die de rechter relevant acht om tot toetsing aan artikel 1 Grondwet over te gaan, namelijk: het meerderheidsaandeel van de overheid en de hoeveelheid overheidscommissarissen (in casu: zes van de acht commissarissen zijn overheidscommissaris).[84] Deze omstandigheden zijn vergelijkbaar met de factoren die een rol spelen bij de 'control test' die in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak wordt gehanteerd om na te gaan of sprake is van een public power of public function.

Het Nederlandse equivalent van de Zuid-Afrikaanse 'control test' is het criterium van 'overwegende overheidsinvloed'. Wat betreft het bestuursorgaanbegrip is dit geen algemeen bepalend criterium; het speelt in dat verband alleen een rol in ambtenaarrechtelijke casus. Dat neemt overigens niet weg dat elementen van dit criterium ook terug zijn te vinden in de Silicose-rechtspraak. Daarnaast is 'overwegende overheidsinvloed' een belangrijk criterium in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om te kunnen bepalen of een private instelling in verticale zin gebonden is aan de grondrechten uit het EVRM. Overigens is ook de ratio om private instellingen gebonden te achten aan het EVRM vergelijkbaar met de Zuid-Afrikaanse benadering. Volgens het EHRM kan de overheid zich niet aan zijn verdragsverplichtingen onttrekken door zijn verplichtingen over te dragen aan private rechtspersonen. Zou dat anders zijn, dan zouden verdragsstaten hun verplichtingen kunnen omzeilen door overheidstaken aan private instellingen over te dragen hetgeen aan een praktische en effectieve bescherming van de verdragsrechten in de weg zou staan.[85] Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan de Zuid-Afrikaanse Constitutie, zoals blijkt uit de volgende overweging uit *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council and Another*:

> 'Our Constitution ensures (...) that government cannot be released from its human rights and rule of law obligations simply because it employs the strategy of delegating its functions to another entity.'[86]

Om vast te kunnen stellen of een private instelling een public function verricht kijkt de Zuid-Afrikaanse rechter soms ook of er wordt gehandeld in het algemeen belang ('public interest'). Naar Nederlands recht is dit echter onvoldoende om openbaar gezag te kunnen aannemen. Het enkele feit dat Greenpeace werkzaam is in het algemeen belang, maakt haar nog geen bestuursorgaan.[87]

14.2.6.3 Horizontale werking van grondrechten en indirecte werking[88]

Doordat de Zuid-Afrikaanse rechter slechts in één zaak *directe* horizontale werking van een grondrecht heeft aangenomen, is het nauwelijks mogelijk een

84 Hof Den Haag 1 oktober 1992, *NJCM-Bulletin* 18-3 (1993), p. 299-302 (m.nt. Heringa).
85 Zie § 10.3.2.
86 Par. 40.
87 Vergelijk Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 85.
88 Zie voor een analyse van het Nederlandse recht § 10.2.3.

zinvolle vergelijking te maken met het Nederlandse recht, waar directe horizontale werking eveneens nauwelijks voorkomt.[89] Dat neemt niet weg dat wel enige rechtsvergelijkende opmerkingen kunnen worden gemaakt. In vergelijking met Nederland springt in het oog dat de Zuid-Afrikaanse Constitution een expliciete grondslag kent voor directe horizontale werking van grondrechten. De Nederlandse Grondwet kent een dergelijke grondslag niet. Daarnaast geldt in Zuid-Afrika, evenals in Nederland, dat niet alle grondrechten voor directe horizontale werking in aanmerking komen. Naar Nederlands recht is het bijvoorbeeld moeilijk denkbaar dat de sociale grondrechten in horizontale zin van toepassing zijn op particulieren.[90] In Zuid-Afrika zijn bepalingen die positieve verplichtingen bevatten of het maken van regelgeving of het maken van andere maatregelen vereisen, niet van toepassing in horizontale verhoudingen. Voorts komt, zoals gezegd, directe horizontale werking in Zuid-Afrika net als in Nederland nauwelijks voor. Het beginsel van 'avoidance' dwingt de Zuid-Afrikaanse rechter om eerst indirecte toepassing te overwegen. Uit de Nederlandse rechtspraak is evenwel niet af te leiden waarom en in welke gevallen welke vorm van horizontale doorwerking de vookeur verdient boven de andere. De Nederlandse praktijk is er een van indirecte horizontale werking. Deze voorkeur voor indirecte horizontale werking valt goed te begrijpen tegen de achtergrond van de kritiek in de Nederlandse doctrine op directe horizontale werking.

In Zuid-Afrika bestaat er nog veel onduidelijkheid over de *indirecte* werking van de Bill of Rights. Daardoor is het ook op dit punt nauwelijks mogelijk een vergelijking te maken met het Nederlandse recht. Tegen de achtergrond van het beginsel van 'avoidance' lijkt het Zuid-Afrikaanse systeem er zoveel mogelijk op gericht te zijn om de grondrechten via de bestaande regels te verwezenlijken door indirecte toepassing te geven aan de grondrechten.[91] Ook in Nederland is indirecte horizontale werking zoals gezegd de praktijk. In Nederland ziet indirecte horizontale werking op de situatie waarbij de inhoud van de open normen van het BW beïnvloed wordt door de grondrechten. Indirecte werking in Zuid-Afrika kan daarmee niet direct worden vergeleken. In Zuid-Afrika houdt indirecte horizontale werking namelijk in dat de rechter de bestaande rechtsregels (wettelijke regels of common law) interpreteert dan wel ontwikkelt conform de Bill of Rights. Een van de manieren waarop dat kan worden gerealiseerd is door de inhoud van de open normen van common law grondrechtelijk te kleuren. Te denken valt aan open normen als 'public policy', 'contra bonos mores' en unlawfulness. Deze manier van indirecte werking komt het dichtst in de buurt van de wijze waarop indirecte horizontale werking naar Nederlands recht vorm heeft gekregen.

89 Sommige auteurs betogen dat directe horizontale werking in Nederland helemaal niet voorkomt. Zie § 10.2.3.1.

90 Kortmann 2012, p. 385. Al komt het soms wel voor in de jurisprudentie. Zie Nehmelman & Noorlander 2013, p. 9.

91 Zie ook Smits 2003, p. 42.

14.2.7 *Conclusie*

Of semipublieke instellingen in Zuid-Afrika in *verticale* zin gebonden zijn aan de grondrechten is afhankelijk van hun kwalificatie als 'organ of state'. Het begrip organ of state is niet alleen bepalend voor de toepasselijkheid van de Bill of Rights, maar ook voor andere normen uit de Constitution. In hoeverre private instellingen kwalificeren als organ of state is afhankelijk van het criterium 'exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation' (section 239(b)(ii) Constitution). Evenals in Nederland, waar het criterium van openbaar gezag bepalend is voor de verticale werking van de grondrechten, is hier sprake van een *materieel* criterium. De aard van de handelingen is bepalend en niet de aard van de instelling. Deze materiële benadering houdt tevens in dat de grondrechten geen gelding hebben voor handelingen die geen openbaar gezag inhouden. In zoverre wordt in Nederland een vergelijkbaar systeem gehanteerd als in Zuid-Afrika: de grondrechten zijn niet op alle handelingen van private instellingen van toepassing in verticale zin, maar gelden alleen voor zover die handelingen publiekrechtelijk van aard zijn.

Ter bepaling van het begrip organ of state is in de eerste plaats relevant of de bevoegdheid of taak een wettelijke grondslag heeft ('in terms of any legislation'). Ook naar Nederlands recht is bij de afbakening van het bestuursorgaanbegrip bepalend of openbaar gezag voortvloeit uit de wet. Blijkens de Silicose-jurisprudentie is het ook mogelijk dat een private instelling over *buitenwettelijk* openbaar gezag beschikt. In die zin is het bestuursorgaanbegrip breder dan het begrip organ of state. Aan de andere kant is het bestuursorgaanbegrip smaller, omdat een op de wet gebaseerde publieke taak op zichzelf nog geen openbaar gezag oplevert. Bepalend is of de instelling publiekrechtelijke bevoegdheden heeft.

Het tweede element dat de reikwijdte van het organ of state begrip bepaalt, is of sprake is van de uitoefening van een bevoegdheid of taak die 'publiek' van aard is. Daarbij spelen verschillende gezichtspunten een rol, waarvan sommige vergelijkbaar zijn met de Silicose-criteria. Duidelijk is geworden dat het concept 'public function' weliswaar een materieel concept is, maar dat het onder andere wordt ingevuld door formele (of: institutionele) criteria. Dit betekent dat de materiële benadering sterk moet worden gerelativeerd. Vanwege de vaagheid van het begrip public function is het voor de rechter nauwelijks mogelijk hiervan een materiële definitie te geven. Derhalve valt de rechter terug op formele (of: institutionele) factoren. In wezen geldt ook voor de Silicose-jurisprudentie dat niet zozeer de aard van de handeling relevant is, maar andere factoren, waaronder financiering en controle. De Zuid-Afrikaanse rechtspraak hanteert voorts een aantal gezichtspunten die bij de vaststelling van openbaar gezag geen rol spelen, zoals: de control-test en de factor of al dan niet wordt gehandeld in het algemeen belang. Elementen van de control-test zijn daarentegen wel terug te vinden in de Silicose-rechtspraak en de rechtspraak van de burgerlijke rechter inzake de toepassing van de grondrechten op semipublieke instellingen die *geen* bestuursorgaan zijn (Nederlands Congresgebouw N.V.).

Onder bepaalde omstandigheden kunnen semipublieke instellingen die niet kunnen worden aangemerkt als 'organ of state' toch direct gebonden zijn aan de

Bill of Rights. De Zuid-Afrikaanse Contsitutie geeft in section 8(2) een expliciete grondslag voor *directe horizontale werking* van de Bill of Rights. De Nederlandse Grondwet kent een dergelijke grondslag niet. Directe horizontale werking is vooralsnog één keer aangenomen door het Zuid-Afrikaanse Constitutional Court. Daardoor is het nauwelijks mogelijk zinvolle uitspraken te doen over de vraag wanneer de rechter directe horizontale werking aanneemt. Ook in Nederland komt directe horizontale werking nauwelijks voor. Niet alle bepalingen van de Bill of Rights komen voor directe horizontale werking in aanmerking. Blijkens de jurisprudentie speelt daarbij in ieder geval 'the intensity of the constitutional right in question' een belangrijke rol. Ook naar Nederlands recht zijn niet alle grondrechten in horizontale zin van toepassing. Zo is het moeilijk denkbaar dat de sociale grondrechten van toepassing zijn op particulieren. Dit is vergelijkbaar met de Zuid-Afrikaanse bepalingen die positieve verplichtingen bevatten of het maken van regelgeving of het maken van andere maatregelen vereisen, en die niet van toepassing zijn in horizontale verhoudingen.

In de Zuid-Afrikaanse praktijk voert *indirecte werking* van grondrechten de boventoon. De reden daarvoor is dat de rechter vanwege het beginsel van 'avoidence' steeds eerst indirecte toepassing van de Bill of Rights dient te overwegen. Indirecte toepassing houdt in dat de rechter de bestaande rechtsregels (wettelijke regels of common law) interpreteert dan wel ontwikkelt conform de Bill of Rights (s 39(2) Constitution). Over de indirecte werking van de Bill of Rights bestaat nog veel onduidelijkheid en het leerstuk is in Zuid-Afrika nog volop in ontwikkeling. Ook in Nederland is indirecte horizontale werking de praktijk. Dit is echter niet vergelijkbaar met indirecte werking naar Zuid-Afrikaans recht. In Nederland ziet indirecte horizontale werking namelijk op de situatie waarbij de inhoud van de open normen van het BW beïnvloed wordt door de grondrechten. Dat neemt niet weg dat in Zuid-Afrika indirecte horizontale werking kan worden gerealiseerd door de inhoud van de open normen van common law grondrechtelijk te kleuren. Te denken valt aan open normen als 'public policy', 'contra bonos mores' en unlawfulness. Deze manier van indirecte werking komt het dichtst in de buurt van de wijze waarop indirecte horizontale werking naar Nederlands recht vorm heeft gekregen.

14.3 Judicial review

14.3.1 Inleiding

Voor de vraag naar publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen is voorts relevant de vraag in hoeverre de handelingen van dergelijke instellingen onderworpen zijn aan judicial review. De judicial reviewprocedure is een bijzondere bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure ter beslechting van publiekrechtelijke geschillen waarbij de rechter een beslissing van de overheid op haar juridische aspecten beoordeelt. Wanneer de judicial reviewprocedure toepassing vindt dan komen ook de publiekrechtelijke rechtsnormen in beeld waaraan het overheidshandelen wordt getoetst. Met andere wooren: de toepasselijkheid van

de publieke rechtsnormen is gekoppeld aan de toegang tot de judicial review procedure ('jurisdiction determines substance').[92] In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre semipublieke instellingen onderworpen zijn aan judicial review en aan de hand van welke criteria de toegang tot de judicial review procedure wordt afgebakend. Het antwoord op deze vraag zal worden vergeleken met de wijze waarop naar Nederlands recht ten aanzien van semipublieke instellingen de toegang tot de bestuursrechter en de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt afgebakend.

Het is van belang op te merken dat judicial review niet de enige mogelijkheid is van rechtsbescherming tegen overheidsoptreden. De wetgever kan in bijzondere wetgeving voorzien in zogenaamde 'administrative appeals'. Een administrative appeal houdt in dat een bestuursrechtelijke beslissing wordt beoordeeld door een hoger orgaan dan het orgaan dat de beslissing genomen heeft. Het betreft hier een beoordeling op de 'merits', waarbij de inhoudelijke beleidsmatige keuzes worden beoordeeld. Administrative appeal moet, vanwege de beoordeling op de 'merits', worden onderscheiden van 'judicial review'. Bij dit laatste is een beoordeling op de inhoudelijk gemaakte keuzen niet aan de orde; de beslissing wordt alleen op haar juridische aspecten beoordeeld, waarbij de nadruk ligt op de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen en niet op de inhoudelijke juistheid van de uitkomst van de beslissing.[93] Als voordelen van appeal in plaats van judicial review (door de rechter) kunnen worden genoemd de expertise van het appeal body, de lagere kosten en de snelheid waarmee geschillen worden beslecht.[94] Er bestaat een grote verscheidenheid aan zogenaamde 'administrative appeal bodies'. Administrative appeal kan variëren van een appeal op een hoger bestuursorgaan, een speciaal tribunaal, bijzondere gerechten en zelfs op gewone gerechten. Tussen de verschillende appeal bodies bestaan grote verschillen in (on)afhankelijkheid van de overheid, procedures en bevoegdheden.[95] Administrative appeal blijft in het navolgende verder buiten beschouwing.

De opbouw van deze paragraaf is als volgt. Paragraaf 14.3.2 beschrijft de grondslag van judicial review onder de common law in het predemocratische tijdperk. Vervolgens worden in § 14.3.3 de huidige wegen naar en grondslagen voor judicial review besproken. Ingegaan wordt op judicial review op grond van section 33 Constitution en de Promotion of Administrative Justice Act (PAJA), review op grond van het *'legality'*-beginsel en review van private powers. In § 14.3.4 wordt nagegaan wat de bijzondere kenmerken zijn van de judicial reviewprocedure. Daardoor

92 Vergelijk Koopmans 2003, p. 134 en Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 102-104.

93 Zie over het onderscheid tussen review en appeal: Hoexter 2012, p. 65 en p. 108-109. Het zij opgemerkt dat er binnen administrative appeal soms ook review mogelijk is. Van belang is hier het onderscheid tussen 'wide' en 'narrow' appeal. Bij wide appeal is ook review van de beslissing mogelijk, omdat er een volledige heroverweging van de beslissing plaatsvindt waarbij ook nieuw bewijs en informatie kan worden betrokken. Deze mogelijkheden bestaan niet in het geval van narrow appeal. Het tribunaal mag in dat geval alleen rekening houden met 'the record of the original decision-maker'. Daardoor is review minder goed mogelijk. Hoexter 2012, p. 68-70; Hoexter 2004b, p. 115-116.

94 Hoexter 2012, p. 66.

95 Zie voor de belangrijkste typen van appeal bodies: Hoexter 2012, p. 67-68.

wordt zichtbaar wat de relevantie is van de judicial reviewprocedure. Aandacht wordt besteed aan de procedures, de toetsingsgronden en de remedies. Daarna wordt in § 14.3.5 nagegaan op welke wijze de toegang tot de judicial reviewprocedure wordt afgebakend met betrekking tot het handelen van semipublieke instellingen. Dit gebeurt aan de hand van een bespreking van de rechtspraak over het begrip 'administrative action' in de zin van section 33 Constitution en de PAJA. In § 14.3.6 wordt nagegaan in hoeverre het handelen van state owned enterprises aan judicial review onderworpen is. Vervolgens vindt in § 14.3.7 een vergelijking plaats met de wijze waarop naar Nederlands recht ten aanzien van semipublieke instellingen de toegang tot de bestuursrechter en de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt afgebakend en wordt ten slotte ook ingegaan op mogelijke verklaringen voor eventuele verschillen tussen Zuid-Afrika en Nederland (§ 14.3.8).

14.3.2 Judicial review in het pre-democratische tijdperk

In het pre-democratische tijdperk was judicial review gegrondvest in de common law. De rechterlijke bevoegdheid om tot judicial review over te gaan werd beschouwd als een *inherente* bevoegdheid, die werd gebaseerd op de 'ultra vires doctrine'. Deze doctrine komt voort uit het Engelse recht en ziet op de volgende beginselen: 'the separation of powers', 'parliamentary sovereignty' en 'the rule of law'. De ultra vires doctrine komt er op neer dat de rechter dient te verzekeren dat de overheid intra vires handelt, dat wil zeggen: handelt binnen de grenzen van de door de wetgever toegekende bevoegdheden.[96] De ultra vires doctrine verklaart ook waarom de rechterlijke toetsing beperkt blijft tot review en een beoordeling van de 'merits' van het overheidshandelen niet op haar plaats is.

De ultra vires doctrine – met name het beginsel van parliamentary sovereignty – betekende in het pre-democratische Zuid-Afrika voorts een fundamentele belemmering van de rechterlijke controle. Zo creëerde het parlement zodanig ongeclausuleerde discretionaire bevoegdheden om in te grijpen in de rechten van individuen, dat het moeilijk was voor de rechter om de uitoefening van die bevoegdheden af te keuren – zo zij dat al wilden(!). Doorgaans accepteerden de rechters dat bevoegdheden voor raciale doeleinden werden misbruikt. Daarnaast werd de competentie van de rechter vaak door het parlement buiten de deur gehouden door middel van zogenaamde 'ouster clauses', zodat judicial review van bepaalde overheidshandelingen niet mogelijk was. Met de inwerkingtreding van de Constitution is hieraan een einde gekomen.[97]

14.3.3 Het democratische tijdperk: verschillende wegen naar judicial review

14.3.3.1 Section 33 en de Promotion of Administrative Justice Act (PAJA)

Vond de judicial review procedure voorheen zijn grondslag in de common law en de ultra vires doctrine, vandaag de dag ligt de basis voor judicial review in section

96 Hoexter 2012, p. 115.

97 Hoexter 2012, p. 13-15. Zie over de 'ouster clauses' ook § 14.3.4.3.

33 van de Constitution en de Promotion of Administrative Justice Act (PAJA).[98] Op grond van section 33(1) Constitution heeft iedereen het recht 'to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair'. Daarnaast bepaalt section 33(2) Constitution dat 'Everyone whose rights have been adversely affected by administrative action has the right to be given written reasons.' De PAJA heeft als doelstelling het in section 33 Constitution neergelegde recht op administrative justice nader uit te werken. De grondslag daarvoor is gelegen in section 33(3) Constitution dat bepaalt dat 'national legislation must be enacted to give effect to [the administrative justice rights], and must (a) provide for the review of administrative action by a court or, where appropriate, an independent and impartial tribunal.' Section 33 Constitution en de PAJA maken alleen judicial review mogelijk tegen 'administrative actions'.[99] De definitie van het begrip 'administrative action' in de PAJA luidt:

> 'administrative action' means any decision taken, or any failure to take a decision, by –
> (a) an organ of state, when -
> (i) exercising a power in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
> (ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation; or
> (b) a natural or juristic person, other than an organ of state, when exercising a public power or performing a public function in terms of an empowering provision, which adversely affects the rights of any person and which has a direct, external legal effect (...).

14.3.3.2 Legality

Als het handelen van een semipublieke instelling niet kan worden aangemerkt als administrative action, dan is judicial review nog mogelijk op grond van het *'legality'*-beginsel.[100] Het 'legality'-beginsel fungeert als een vangnet en maakt judicial review mogelijk van handelingen die niet kwalificeren als administrative action, maar wel de uitoefening van 'public power' inhouden. Te denken valt aan het geval dat de handeling van een private instelling weliswaar een publieke bevoegdheid of publieke taak inhoudt, maar niet is uitgeoefend 'in terms of any legislation' of 'an empowering provision'.[101] Het 'legality'-beginsel is een onderdeel

98 Act 3 of 2000 (as amended by Act 66 of 2008). De betekenis van het begrip 'ultra vires' heeft volgens Hoexter dan ook een fundamenteel andere betekenis gekregen 'since the "vires" in question are now those of the Constitution and not merely those of the legislature.' Hoexter 2012, p. 117-118.

99 De reikwijdte van het begrip 'administrative action' in de PAJA is smaller dan in section 33 Constitution. Het begrip 'administrative action' wordt verder geanalyseerd in § 14.3.5.

100 Uitgangspunt is dat review op grond van het legality-beginsel pas aan de orde is als de PAJA niet van toepassing is. Er is echter wel rechtspraak waarin judicial review rechtstreeks plaatsvindt op grond van het legality-beginsel, ondanks het feit dat de PAJA van toepassing is. Hoexter 2012, p. 133-137.

101 Hoexter 2012, p. 126, p. 160-161.

van de 'rule of law' dat als funderend beginsel is opgenomen in section 1(c) Constitution. Legality is derhalve een *constitutioneel* beginsel, dat uitdrukking geeft aan de gedachte dat 'the exercise of public power is only legitimate where lawful'[102] of, zoals Yacoob J overwoog in *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council*: 'The exercise of public power is always subject to constitutional control and to the rule of law or, to put it more specifically, the legality requirement of our Constitution.'[103] Zoals hierna nog zal blijken, vindt er langzaam maar zeker een ontwikkeling plaats waarbij de toetsingsgronden inzake review op grond van het legality beginsel in de rechtspraak dezelfde inhoud krijgen als de gebruikelijke toetsingsgronden voor judicial review onder section 33 Constitution en de PAJA. Er wordt daarom wel gesproken van de ontwikkeling van 'a complete parallel universe of administrative law'.[104]

14.3.3.3 Special statutory review

Soms voorziet de wet in een bijzondere vorm van judicial review: 'special statutory review'.[105] Een voorbeeld daarvan is te vinden in de Promotion of Access to Information Act (PAIA).[106] Beslissingen omtrent een verzoek om informatie zijn onderworpen aan een bijzondere reviewprocedure op grond van de PAIA.[107] Special statutory review blijft hier verder buiten beschouwing.

14.3.3.4 Review van private powers onder common law

Naast judicial review van 'public powers', is onder omstandigheden ook judicial review mogelijk van de uitoefening van 'private powers'. Dit vindt plaats op grond van de common law ('gemene reg'). Onder het common law stelsel van vóór 1994 was dit al geruime tijd vrij gebruikelijk in de rechtspraak, met name met betrekking tot bestraffende dan wel disciplinaire maatregelen van kerken, clubs, private onderwijsinstellingen, sportverenigingen etcetera. De reden daarvoor is dat dergelijke maatregelen mogelijk onomkeerbare gevolgen kunnen hebben voor (de reputatie en het levensonderhoud van) het betrokken individu. Daarnaast speelt een rol dat burgers vaak verkeren in een ongelijke onderhandelingspositie ten opzichte van dergelijke organisaties, omdat zij feitelijk geen keuze hebben bij welke organisatie zij zich zullen aansluiten.[108] Deze rechtspraak is na 1994 voortgezet: ook nu vindt judicial review plaats van private powers op grond van de common law. Dit gebeurt voornamelijk in het geval dat zogenaamde 'coercive powers' worden uitgeoefend, dan wel wanneer er sprake is van een ongelijke (onderhandelings) positie van partijen. Beide elementen worden genoemd door Claassen J in *Klein v Dainfern College*:

---

102 *Fedsure Life Assureance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1999 (1) SA 374 (CC), par. 56, aangehaald in Hoexter 2012, p. 122.

103 2007 (1) SA 343 (CC), par. 29.

104 Zie in het algemeen over het legality beginsel: Hoexter 2012, p. 121-125, p. 248; Hoexter 2011, p. 55-74.

105 Zie Hoexter 2012, p. 113 en p. 120.

106 Act 2 of 2000.

107 Section 78-82 PAIA.

108 Zie Pretorius 2002, p. 375-382; Hoexter 2012, p. 127, p. 443-444; Quinot 2009, p. 119.

> 'If the spirit, purport and objects of the Bill of Rights is, inter alia, to curtail excessive public powers, all the more reason for courts to review a domestic tribunal which does exercise public functions and powers. The extension of judicial review to domestic tribunals exercising public powers does not, however, mean that judicial review is now limited to such instances. Such extension did not, in my view, extinguish the courts' powers of judicial review in instances where coercive actions of domestic tribunals not exercising public powers are at stake. I agree with Mr Heher that it would be anomalous to grant citizens connected with a public school rights of judicial review and those, by chance involved in a private school, none, in circumstances where they are in an unequal bargaining position and subject to the coercive actions of private tribunals similar to tribunals in public schools. No rational reason exists to exclude individuals from the protection of judicial review in the case of coercive actions by private tribunals not exercising any public power. To my mind the Constitution makes no pronouncements in respect of this branch of private administrative law. Thus, continuing to apply the principles of natural justice to the coercive actions of private tribunals exercising no public powers will in no way be abhorrent to the spirit and purport of the Constitution.'[109]

De vraag is wat de grondslag van deze rechtspraak kan zijn. Onder het common law stelsel is judicial review steeds gebaseerd op de ultra vires doctrine. Omdat de ultra vires docrine sterk gericht is op de wet biedt het eigenlijk geen goede rechtvaardiging van judicial review van buitenwettelijke bevoegdheden ('non-statutory powers') of private bevoegheden. Sinds het democratische tijdperk kan volgens Hoexter echter een rechtvaardiging gevonden worden in de Constitution. Het recht op 'just administrative action' zoals opgenomen in section 33 Constitution is op grond van section 39(2) Constitution *indirect* van toepassing in horizontale verhoudingen.[110] Regels van common law moeten derhalve worden worden geïnterpreteerd en ontwikkeld in het licht van section 33 Constitution. Op grond hiervan concludeert Hoexter dat section 39(2) Constitution een rechtvaardiging biedt voor judicial review van private powers op grond van common law regels.[111]

14.3.4 De bijzondere kenmerken van de judicial review procedure

14.3.4.1 Inleiding

Het Zuid-Afrikaanse recht kent twee typen procedures: enerzijds 'action procedures' en anderzijds 'application procedures'.[112] Judicial review vindt plaats door middel van een application procedure in de zin van rule 53 en rule 6 van de Uniform Rules of Court.[113] In deze paragraaf wordt nagegaan wat de bijzondere

109 Par. 24. Zie ook par. 23 waarin wordt overwogen: 'The rationale for the existence of judicial review of domestic tribunals is usually the unequal bargaining position of members or employees.'

110 In § 14.2.3 werd reeds aangegeven dat section 33 Constitution geen *directe* horizontale toepassing vindt.

111 Hoexter 2012, p. 127-131. Deze visie heeft vooralsnog geen gevolg gevonden in de rechtspraak.

112 Zie voor dit onderscheid Erasmus 2004, p. 438-442.

113 Zie Hoexter 2012, p. 525 e.v.; Quinot 2010a, p. 647-648; Erasmus 2004, p. 444.

kenmerken zijn van de judicial review procedure in vergelijking met een action procedure. Daardoor wordt de *relevantie* van de judicial review procedure zichtbaar. Hieronder wordt ingegaan op de procedures (§ 14.3.4.2), de toetsingsgronden (§ 14.3.4.3) en de remedies (§ 14.3.4.4) van de judicial review procedure. Een vraag die met het voorgaande samenhangt, is of de procedures, de toetsingsgronden en de remedies verschillen afhankelijk van het *type* judicial review. Met andere woorden, de vraag is of er verschillen bestaan naar gelang sprake is van review op grond van de PAJA, review op grond van legality dan wel review van private powers. Ook op deze vraag wordt in deze paragraaf een antwoord gezocht.

Voorts komt de vraag aan de orde of de judicial reviewprocedure exclusief is (§ 14.3.4.5). De vraag is, met andere woorden, of het volgen van een action procedure is uitgesloten als een geschil zich leent voor judicial review. Duidelijk zal worden dat de judicial reviewprocedure niet exclusief is. Dit doet de vraag rijzen wanneer er dan in een publiekrechtelijk geschil behoefte bestaat aan het starten van een action procedure (§ 14.3.4.6).

14.3.4.2 Procedures

Geen aparte bestuursrechter

In tegenstelling tot in Nederland is voor de judicial review procedure in Zuid-Afrika geen aparte bestuursrechter aangewezen. Het overheidsoptreden wordt getoetst door de 'gewone' rechter.[114] De achtergrond daarvan is gelegen in het Engelse recht, waarop het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht is gebaseerd.[115] Desalniettemin biedt section 33(3)(a) Constitution wel mogelijkheden voor het creëren van een aparte bestuursrechter. Hierin is bepaald dat bij nationale wetgeving moet worden voorzien in 'the review of administrative action by a court or, where appropriate, an independent and impartial tribunal'. Ook in de Promotion of Administrative Justice Act wordt gesproken over review door 'courts' en 'tribunals'.[116]

Verschillen tussen judicial review procedures en action procedures

Judicial review vindt plaats door middel van een application procedure gebaseerd op rule 53 en rule 6 van de Uniform Rules of Court.[117] Het meest in het oog springende verschil tussen een application procedure en een action procedure is de wijze waarop het bewijs wordt gepresenteerd. In action procedures wordt het

114 Het betreft hier de superior courts. Dat zijn het Constitutional Court, het Supreme Court of Appeal en de High Courts. 'Inferior Courts', waaronder de magistrates' courts, zijn (vooralsnog) niet bevoegd in bestuursrechtelijke zaken. Zie over de Zuid-Afrikaanse gerechten Du Bois 2004, p. 19-32. De minister kan evenwel magistrates' courts aanwijzen die bevoegd zijn te oordelen over alle, dan wel over een bepaald type van administrative actions. Zie de definitie van het begrip 'court' in section 1 PAJA. Dat is tot nog toe niet gebeurd. Vragen zijn gerezen over de onafhankelijkheid van de magistrates' courts en de geschiktheid van de magistrates voor administrative-law-review. Zie Hoexter 2012, p. 64.

115 Overigens wordt in de UK de afdeling die binnen de Queens Bench Division van het High Court is belast met judicial review aangeduid als 'Administrative Court'. Zie Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 26-27.

116 Zie ook section 10(2)(a)(iii) PAJA.

117 Zie Hoexter 2012, p. 525 e.v.; Quinot 2010a, p. 647-648; Erasmus 2004, p. 444.

bewijs mondeling geleverd door getuigen. Voor application procedures geldt als uitgangspunt dat het bewijs schriftelijk wordt geleverd door middel van een zogenaamde 'affidavit'. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen is in een review procedure onderzoek naar de feiten mogelijk.[118] Dit heeft tot gevolg dat de judicial review procedure minder geschikt is voor de beslechting van een geschil over de feiten.[119] Andere verschillen die kunnen worden genoemd zijn dat een reviewprocedure geacht wordt sneller en goedkoper te zijn dan een action procedure.[120]

PAJA

Voor de judicial review procedure op grond van de Promotion of Administrative Justice Act gelden nog een aantal bijzondere procedurele regels. Section 7(1) PAJA bepaalt dat een judicial review procedure binnen 180 dagen moet zijn ingesteld. Verder geldt dat eerst de 'internal remedies' moeten zijn uitgeput alvorens een reviewprocedure bij de rechter kan worden gestart (section 7(2) PAJA). Te denken valt aan het geval dat de wet voorziet in de mogelijkheid van internal appeal of review.[121] Het is van belang op te merken dat deze procedureregels uit section 7 van de PAJA alleen gelden wanneer judicial review in het kader van de PAJA plaatsvindt. Is sprake van judicial review op grond van legality of is sprake van review van private powers, dan zijn de procedurele bepalingen van de PAJA niet van toepassing. Dat betekent niet dat dergelijke procedurele regels geheel afwezig zijn. Zo vindt review van private powers plaats onder de common law (het *'gemene reg'*). Hoewel rule 53 Uniform Rules of Court geen termijn stelt waarbinnen een reviewprocedure moet zijn ingesteld, is vaste rechtspraak onder de common law dat de application voor review binnen 'reasonable time' moet zijn ingesteld.[122] Ook kan onder de common law een verplichting bestaan om de 'internal remedies' uit te putten, maar die is minder vergaand dan de verplichting in section 7(2) PAJA.[123]

Hiervoor werd aangegeven dat judicial review applications gebaseerd zijn op rule 53 en rule 6 van de Uniform Rules of Court. Dit geldt voor alle typen reviewprocedures. Daarin gaat verandering komen. In de toekomst zullen voor review onder de PAJA bijzondere procedureregels gaan gelden.[124] Deze regels zullen in de plaats komen voor rule 53 Uniform Rules of Court. Een uitgebreide beschrijving

118 Zie Rule 6(5)(g) Uniform Rules of Court; Erasmus 2004, p. 439.

119 Hoexter 2012, p. 525-526; Erasmus 2004, p. 438-439.

120 Hoexter 2012, p. 525; Erasmus 2004, p. 438.

121 Zie bijvoorbeeld section 8(1) Immigration Act 13 of 2002, op grond waarvan review mogelijk is bij de minister tegen een beslissing van 'an immigration officer who refuses entry to any person or finds any person to be an illegal foreigner'. Met betrekking tot andere beslissingen op grond van de Immigration Act 'that materially and adversely affects the rights of any person' is review dan wel appeal mogelijk bij de Director-General. Zie over deze internal remedies de zaak *Koyabe v Minister for Home Affairs* 2010 (4) SA 327 (CC), waarin het hof oordeelt dat ten onrechte geen gebruik is gemaakt van de verplichting om de internal remedies van de Immigration Act te benutten (par. 72-74) en bepaalt, met inachtneming van section 7(2)(b) PAJA, dat dit alsnog dient te gebeuren alvorens een judicial review procedure kan worden gestart (par. 83).

122 Zie Hoexter 2012, p. 532-534.

123 Zie Hoexter 2012, p. 538-539; Plasket 2002, p. 51-52.

124 De grondslag daarvoor is gelegen in section 7(3) PAJA. Zie over deze nieuwe procedureregels Quinot 2010a, p. 646-665; Hoexter 2012, p. 528-531. Overigens zijn delen van de nieuwe

van de nieuwe procedureregels wordt hier verder achterwege gelaten. Volstaan wordt met de opmerking dat het gevolg van de nieuwe regels is dat voor review onder de PAJA en review op grond van legality verschillende procedures gaan gelden. Dit wordt in de literatuur problematisch geacht omdat het dan niet meer mogelijk is om tegelijkertijd een review application op grond van de PAJA en op grond van legality in te stellen. Er is een praktijk gegroeid waarbij men voor beide ankers gaat liggen. Dat is niet verwonderlijk omdat het vaak lastig is op voorhand te voorspellen of een handeling als 'administrative action' in de zin van de PAJA kan worden beschouwd. Legality heeft zich hierdoor ontwikkeld als vangnet voor handelingen die niet kwalificeren als 'administrative action' maar wel de uitoefening van public power inhouden en zodoende toch aan judicial review onderworpen kunnen worden. Met de nieuwe procedureregels zal de klager zijn review application ofwel op de PAJA dan wel op legality moeten baseren. Wordt gestart met een application op grond van de PAJA en blijkt de betrokken handeling geen 'administrative action' in te houden, dan zal het met de nieuwe procedureregels niet gemakkelijk zijn voort te procederen op grond van een alternatief legality argument.[125]

14.3.4.3 Toetsingsgronden

De toetsingsgronden van de judicial reviewprocedure zijn exclusief en gelden niet in een action procedure. Het is van belang in te zien dat de toepasselijkheid van de toetsingsgronden, de *rechtsnormen* waaraan het bestuur zich dient te houden, gekoppeld is aan de toepasselijkheid van de judicial review procedure. Met andere woorden: de inhoud van het toepasselijke recht is afhankelijk van de toegang tot de judicial reviewprocedure. Dit fenomeen kan worden aangeduid met de bewoordingen: 'jurisdiction determines substance'.[126] Dat is in Nederland anders. Hier hebben de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich ontwikkeld van rechterlijke toetsingsnormen achteraf tot gedragsnormen waaraan het bestuur zich vooraf dient te houden.[127] De vraag naar de toepasselijke normen wordt in Nederland thans onderscheiden van de vraag naar de entree tot de bestuursrechter. Dit komt tot uitdrukking in het onderscheid dat wordt gemaakt tussen het bestuursorgaanbegrip (art. 1:1 Awb), dat bepalend is voor de toepasselijke rechtsnormen, en het besluitbegrip (art. 1:3 Awb), dat de competentie van de bestuursrechter afbakent.[128] Ook wanneer de bestuursrechter niet bevoegd is te oordelen over een

procedureregels reeds onconstitutioneel verklaard in *Lawyers for Human Rights v Rules Board for Courts of Law* 2012 (7) BCLR 754 (GNP).

125 Quinot 2010a, p. 651-653; Hoexter 2012, p. 529.

126 Koopmans 2003, p. 134 met betrekking tot het Franse recht. Zie ook Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 102-104 in relatie tot het Engelse recht.

127 Zie Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 103; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 385-389; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 354-355 onderscheiden twee functies van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: in de eerste plaats zijn zij norm voor het overheidshandelen (hetgeen sinds de inwerkingtreding van de Awb evident is geworden) en (pas) in de tweede plaats zijn ze beroepsgrond en toetsings- en vernietigingsgrond.

128 Dit neemt niet weg dat ook op (de totstandkoming van) Awb-besluiten publiekrechtelijke normen van toepassing zijn.

handeling van een bestuursorgaan (bijvoorbeeld omdat het geen besluit is), is een bestuursorgaan gebonden aan publiekrechtelijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dient de burgerlijke rechter die normen toe te passen. Echter, voor semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb gaat dit niet helemaal op. Een b-orgaan is alleen onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor zover zij openbaar gezag uitoefent, dat wil zeggen: handelingen verricht (besluiten neemt in de zin van art. 1:3 Awb) die appellabel zijn bij de bestuurrechter.[129] Met andere woorden: voor b-organen loopt de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter in wezen parallel aan de vraag naar het toepasselijke recht. Dit betekent dat het verschil met het Zuid-Afrikaanse recht op dit punt minder groot is dan het aanvankelijk lijkt.

Hieronder wordt dieper ingegaan op de toetsingsgronden. Daarbij zal ook worden ingegaan op de vraag in hoeverre de toetsingsgronden vergelijkbaar zijn met de Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het voert in het kader van dit onderzoek te ver om deze (ingewikkelde) vraag precies te beantwoorden. Volstaan zal worden met een aantal vergelijkende noties.

PAJA

Section 33(1) Constitution geeft uitdrukking aan drie toetsinggronden, te weten: 'lawfulness', 'reasonableness' en 'procedural fairness'.[130] Een vierde toetsingsgrond is opgenomen in section 33(2) Constitution, waarin een recht op 'written reasons' is neergelegd. De gronden voor review zijn verder uitgewerkt in de PAJA.

Het beginsel van *lawfulness* komt er op neer dat het handelen van de overheid een wettelijke grondslag moet hebben en dat de overheid binnen de grenzen van de haar toegekende bevoegdheden moet blijven.[131] In section 6 PAJA zijn verschillende specifieke toetsingsgronden neergelegd die verband houden met lawfullness. Genoemd kunnen bijvoorbeeld worden: 'the administrator who took an administrative action was not authorized to do so by the empowering provision',[132] 'unauthorised delegation',[133] 'an administrative action was taken for

129 In werkelijkheid ligt dit iets genuanceerder. De uitoefening van openbaar gezag levert niet altijd een Awb-besluit op, aangezien ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen openbaar gezag inhoudt. Het besluitbegrip is beperkt tot publiekrechtelijke *rechtshandelingen*. In de jurisprudentie over openbaar gezag gaat het meestal alleen om de vraag naar publiekrechtelijk rechtshandelen, omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter daarvan afhangt.

130 Section 33(1) Constitution bepaalt dat 'Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair.' De gronden voor review zijn verder uitgewerkt in section 6 PAJA.

131 Hoexter 2012, p. 253. Zie *Awumey v Fort Cox Agricultural College* 2003 (8) BCLR 861 (Ck), aangehaald door Currie & De Waal 2005, p. 672: 'The right to lawful administrative action, as given effect to in s 6 of PAJA encompasses the common-law requirement that an administrative organ or official who is to exercise an administrative power must not act ultra vires in the sense that the composition of the administrative body or the qualifications of the official who is to carry out the administrative duty, must be competent to exercise that authority.'

132 Section 6(2)(a)(i) PAJA.

133 Section 6(2)(a)(ii) PAJA.

an ulterior purpose or motive',[134] 'an administrative action was taken because irrelevant considerations were taken into account or relevant considireations were not considered'.[135] Daarnaast is een meer algemene grond voor unlawfulness opgenomen in section 6(2)(i) PAJA.[136] Lawfulness en de daarmee samenhangende toetsingsgronden zijn te vergelijken met het Nederlandse legaliteitsvereiste, het specialiteitsbeginsel en het verbod van *détournement de pouvoir*.

Reasonableness ziet in ieder geval op 'rationality'. Dit houdt in dat een beslissing moet worden gedragen door haar feitelijke grondslag en haar motivering. Daarnaast moet de beslissing objectief gezien bijdragen aan zowel het doel waarvoor de beslissingsbevoegdheid is gegeven als het doel waarop de beslissing ogenschijnlijk is gericht.[137] De Supreme Court of Appeal omschrijft het als volgt: 'is there a rational objective basis justifying the connection made by the administrative decision maker between the material made available and the conclusion arrived at?'[138] In de PAJA wordt rationality tot uitdrukking gebracht in section 6(2)(f)(ii).[139] Rationality kan in zekere zin worden vergeleken met het Nederlandse verbod van willekeur. Ook is er een link te ontwaren met de eis dat een beslissing op grond van artikel 3:46 Awb dient te berusten op een deugdelijke motivering.[140] De vraag is of reasonabless ook betrekking heeft op 'proportionality'. Hoewel de South African Law Commission in een voorontwerp van de PAJA had voorgesteld om 'proportionality' als toetsingsgrond op te nemen in de PAJA, is het daar niet van gekomen. In plaats daarvan is section 6(2)(h) opgenomen in de PAJA.[141] Dit artikel bepaalt:

> 'A court or tribunal has the power to judicially review an administrative action if the exercise of the power or the performance of the function authorised by the empowering provision, in pursuance of which the administrative action was purportedly

134 Section 6(2)(e)(ii) PAJA.

135 Section 6(2)(e)(iii) PAJA.

136 Zie Currie & De Waal 2005, p. 672-674.

137 Hoexter 2012, p. 340.

138 *Trinity Broadcasting (Ciskei) v Independent Communications Authority of South Africa* 2004 (3) SA 346 (SCA), par. 21.

139 Dit artikel bepaalt: A court or tribunal has the power to judicially review an administrative action if the action itself is *not rationally connected to*
(aa) the purpose for which it was taken;
(bb) the purpose of the empowering provision;
(cc) the information before the administrator; or
(dd) the reasons given for it by the administrator. [curs. NJ].

140 In de PAJA komt de relatie tussen rationality en motivering tot uitdrukking in section 6(2)(f)(ii)(dd) PAJA. Ook naar Nederlands recht wordt wel een verband gelegd tussen rationaliteit en motivering. Zo stellen Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 295 dat voor een 'rationeel en verantwoord genomen besluit' een draagkrachtige motivering een 'basisvereiste' is. Daarnaast wordt het motiveringsbeginsel in de Nederlandse literatuur gerelateerd aan het verbod van willekeur. Zie Van Male 1988, p. 73: 'Het motiveringsbeginsel verwijst rechtstreeks naar de fundamentele rechtsstatelijke eis dat besluitvorming door de overheid weloverwogen dient plaats te vinden, dus niet willekeurig mag zijn.'

141 Hoexter 2012, p. 345-346.

taken, is so unreasonable that no reasonable person could have so exercised the power or performed the function.'[142]

Volgens Hoexter biedt de rechtspraak voldoende aanknopingspunten om 'proportionality' te kunnen scharen onder reasonabless in de zin van section 6(2)(h) PAJA; maar dat is echter nog geen uitgemaakte zaak.[143] Proportionality als toetsingsgrond kan naar Nederlands recht worden vergeleken met het materieel zorgvuldigheidsbeginsel. Het gaat hier om het samenstel van normen dat tot uitdrukking komt in artikel 3:4 lid 2 Awb, zoals het beginsel van de minste pijn en het evenredigheids- of proporionaliteitsbeginsel.[144]

Procedural fairness is als toetsingsgrond opgenomen in section 6(2)(c) PAJA. Het ziet op de (procedurele) normen die het bestuur in acht moet of mag nemen bij het nemen van een beslissing. Deze normen zijn uitgewerkt in section 3 en 4 PAJA en de Regulations of Fair Administrative Procedures.[145] Te denken valt aan de verplichting om de burger te voorzien van 'a clear statement of the administrative action', een 'adequate notice of any right of review or internal appeal' of 'a reasonable opportunity to make representations'. Voorts kan het bestuur de burger in staat te stellen 'to present and dispute information and arguments' en 'to appear in person'. Dergelijke normen zijn tot op zekere hoogte te vergelijken met de Nederlandse bestuursrechtelijke regels over de totstandkoming van besluiten, het formeel rechtszekerheidsbeginsel en het formeel zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb). Een ander aspect van procedural fairness heeft betrekking op het verbod van vooringenomenheid (*nemo iudex in sua causa*). Het is als toetsingsgrond opgenomen section 6(2)(a)(iii) PAJA.[146] Naar Nederlands recht is dit verbod neergelegd in artikel 2:4 Awb. Verder is ook het vertrouwensbeginsel ('legitimate expectations') gerelateerd aan procedural fairness.[147]

Section 5 PAJA geeft uitwerking aan het recht op *'written reasons'*.[148] Het betreft hier een *recht* van de burger om binnen een bepaalde periode het bestuur te verzoeken om de beslissing te voorzien van een geschreven motivering. Het bestuur is dus in beginsel niet verplicht om zijn beslissing te motiveren. Dat is in Nederland anders. Op grond van artikel 3:47 Awb dient de motivering bij de

142 Deze toetsingsgrond heeft grote gelijkenissen met het Engelse criterium: 'so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it'. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* 1947 (2) All ER 680 (CA).

143 Hoexter 2012, p. 348-350 onder verwijzing naar *Bato Star Fishing (Pty) v Minister of Environmental Affairs* 2004 (4) SA 490 (CC).

144 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 323-324; Vergelijk Schlössels & Zijlstra 2010, p. 419-420.

145 Zie daarover uitgebreid Hoexter 2012, p. 362-418.

146 Zie daarover Hoexter 2012, p. 451 e.v.

147 Zie section 3(1) PAJA: kort gezegd komt het erop neer dat beslissingen die raken aan gerechtvaardigde verwachtingen van burgers 'procedural fair' moeten zijn. Currie & De Waal 2005, p. 666-667. Bescherming van gerechtvaardigde verwachtingen vindt plaats doordat bijvoorbeeld moet worden gehoord. Inhoudelijke bescherming, bijvoorbeeld door middel van een begunstigende beslissing, komt nauwelijks voor. Zie Hoexter 2012, p. 394-396, p. 421-436; Hoexter 2004b, p. 128.

148 Een verdere uitwerking is neergelegd in de Regulations on Fair Administrative Procedures.

bekendmaking van het besluit vermeld te worden. Slechts in een enkel uitzonderlijk geval heeft de Zuid-Afrikaanse rechter geoordeeld dat het bestuur, zonder dat daarom is verzocht, de verplichting heeft een beslissing schriftelijk te motiveren.[149] Verder voorziet section 5(6) PAJA in de mogelijkheid dat de minister, op verzoek van het bestuur, een lijst publiceert met beslissingen die van een schriftelijke motivering moeten worden voorzien zonder dat daar een verzoek van de burger aan ten grondslag ligt.

Wat opvalt, is dat het *gelijkheidsbeginsel*, dat naar Nederlands recht deel uitmaakt van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in de PAJA niet expliciet is opgenomen als aparte toetsingsgrond. Toch is het gelijkheidsbeginsel zeer zeker een toetsingsgrond in de reviewprocedure op grond van de PAJA. Het eerder genoemde section 6(2)(i) PAJA voorziet namelijk in de bevoegdheid van de rechter 'to judicially review an administrative action if the action is *otherwise unconstitutional* (...).'[curs. NJ]. Het gevolg van deze bepaling is dat alle constitutionele normen die van toepassing zijn op een 'administrative action' tevens gelden als toetsingsgronden onder de PAJA, voor zover die normen niet al tot uitdrukking komen in de andere toetsingsgronden van section 6(2) PAJA. Eén zo'n constitutionele norm is het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in section 9 Constitution. Dit betekent dat het gelijkheidsbeginsel wel degelijk een toetsingsgrond is onder de PAJA.

Gelet op het voorgaande kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat de toetsingsgronden voor judicial review op grond van de PAJA in grote mate overeenkomen met de bestuursrechtelijke normen waaraan het bestuur naar Nederlands recht moet voldoen, al zijn er hier en daar wel verschillen aan te wijzen.

Legality

De hiervoor genoemde toetsingsgronden die gelden voor judicial review onder de PAJA zijn, behoudens lawfullness,[150] niet zonder meer van toepassing inzake judicial review op grond van legality. Zo is reasonabless als toetsingsgrond beperkt tot 'rationality'. De rationality-test is niet helemaal hetzelfde als de test neergelegd in section 6(2)(f)(ii) PAJA, maar schurkt daar wel tegenaan. Proportionality is (nog) geen toetsingsgrond onder het beginsel van legality.[151]

Daarnaast is procedural fairness (nog) niet algemeen erkend als toetsingsgrond onder het beginsel van legality. Het Constitutional Court heeft slechts in één specifieke zaak geoordeeld dat rationality onder bepaalde omstandigheden procedural fairness kan vereisen.[152] Dit betekent dat er vooralsnog volop ruimte is voor de verdere ontwikkeling van procedural fairness als vereiste onder het beginsel van legality.[153]

149 Hoexter 2012, p. 484-485 onder verwijzing naar *Koyabe v Minister for Home Affairs* 2010 (4) SA 327 (CC).

150 Hoexter 2012, p. 254-255; Hoexter 2011, p. 56-58.

151 Hoexter 2012, p. 357-359; Hoexter 2011, p. 58-59.

152 *Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation* 2010 (3) SA 293 (CC).

153 Hoexter 2012, p. 359, p. 418-420; Hoexter 2011, p. 59-61.

Ook voor het recht op 'reasons' geldt dat het nog geen algemeen erkende toetsingsgrond is onder legality. Alleen in lagere rechtspraak is aangenomen dat 'the principle of legality, which includes rationality and accountability, imposes a duty upon the functionary exercising a public power to provide reasons for its act or decision.'[154] Het Constitutional Court heeft (nog) geen recht op reasons aangenomen onder legality. Verdere ontwikkelingen in de rechtspraak zullen moeten worden afgewacht.[155]

Uit het voorgaande volgt dat de toetsingsgronden onder legality nog niet helemaal parallel lopen met de toetsingsgronden onder de PAJA. Alleen voor lawfulness geldt dat de inhoud daarvan nagenoeg samenvalt met lawfulness in de zin van de PAJA.[156] Desalniettemin vindt er langzaam maar zeker een ontwikkeling plaats waarbij de toetsingsgronden inzake het legality beginsel dezelfde inhoud krijgen als de gebruikelijke toetsingsgronden voor juducial review onder section 33 Constitution en de PAJA. Er ontstaat als het ware 'a complete parallel universe of administrative law'.[157]

Review van private powers

Review van private powers vindt plaats op grond van de common law (het *'gemene reg'*). Evenals bij review op grond van legality geldt ook voor review van private powers, dat er verschillen zijn aan te wijzen met de toetsingsgronden onder de PAJA.

Tot de toetsingsgronden onder de common law behoort in ieder geval lawfulness. Er is nauwelijks een inhoudelijk verschil met lawfulness onder de PAJA. Belangrijk is wel dat met de introductie van section 33 Constitution een einde is gekomen aan de mogelijkheid van de wetgever om door middel van zogenaamde 'ouster clauses' bepaalde handelingen uit te sluiten van judicial review, hetgeen kon leiden tot 'unlawful administrative action'. Dergelijke 'ouster clauses' kwamen tijdens het apartheidsregime met name voor in wetgeving in zake veiligheid en immigratie en gaven het bestuur als het ware *carte blanche*.[158]

Naast lawfulness is 'natural justice' een toetsingsgrond onder common law. Dit kan worden vergeleken met procedural fairness, al is dit laatste niet noodzakerlijkerwijze beperkt tot 'natural justice'. De common law regels met betrekking tot natural justice vinden hun nadere uitwerking in de twee volgende stelregels, namelijk*: audi alteram partem* (hoor en wederhoor) en *nemo iudex in sua causa* (verbod van vooringenomenheid).[159]

Reasonabless wordt als zodanig niet als toetsingsgrond aangemerkt onder de common law. Wel bestaat er ten aanzien van overheidsbesluiten zoiets als 'symptomatic unreasonableness'. Dit houdt in dat wanneer een beslissing

154 *Wessels v Minister for Justice and Constitutional Development* 2010 (1) SA 128 (GNP), p. 141I-J.
155 Hoexter 2012, p. 472; Hoexter 2011, p. 62.
156 Hoexter 2012, p. 254-255; Hoexter 2011, p. 56-58.
157 Hoexter 2012, p. 121-125, p. 248; Hoexter 2011, p. 55-74.
158 Currie & De Waal 2005, p. 672; Hoexter 2012, p. 15, p. 588-592; Klaaren & Penfold (losbl.), § 63.1.
159 Currie & De Waal 2005, p. 663; Hoexter 2004b, p. 127-128.

uitermate ('gross') unreasonable wordt geacht, dit een indicatie vormt ('symptoom') dat een andere toetsingsnorm is geschonden.[160]

Onder common law bestaat er geen algemeen recht op 'reasons'. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt in de rechtspraak een motiveringplicht onderkend.[161] Daarnaast wordt het ontbreken van een motivering soms betrokken bij het oordeel ten aanzien van andere toetsingsgronden.[162]

14.3.4.4 Remedies

De remedies in de judicial reviewprocedure zijn exclusief en gelden, op twee uitzonderingen na, niet in een action procedure. De uitzonderingen worden gevormd door de remedies 'substitution'[163] en 'compensation'.[164] Het equivalent van substitution in een action procedure is bijvoorbeeld 'enforcement of a contract'. Compensation kan worden vergeleken met het in een action procedure verkrijgen van schadevergoeding voor onrechtmatige daad.[165] Het verdient opmerking dat substitution en compensation zeer uitzonderlijke remedies zijn in een reviewprocedure. Deze remedies kunnen alleen 'in exceptional cases' worden toegepast. Compensation is vooralsnog nooit toegekend. Dit betekent dat als men bijvoorbeeld schadevergoeding wil voor door de overheid veroorzaakte schade, het volgen van een action procedure de aangewezen weg is. Daar komt bij dat een reviewprocedure niet geschikt is voor een geschil over de feiten, terwijl daar in schadevergoedingszaken nauwelijks aan te ontkomen valt.[166]

Hieronder wordt dieper ingegaan op de remedies. Evenals bij de toetsingsgronden zullen hier enkele vergelijkende noties worden gemaakt met de bevoegdheden die de Nederlandse bestuursrechter tot zijn beschikking heeft.

PAJA

De remedies voor judicial review onder de PAJA zijn uitgewerkt in section 8 van de PAJA. Deze remedies zijn min of meer vergelijkbaar met de bevoegdheden van de Nederlandse bestuursrechter. De primaire remedie is 'setting aside'.[167] Dit is te vergelijken met 'vernietiging' in de zin van artikel 8:72 lid 1 Awb.

Setting aside kan worden gecombineerd 'remitting the matter for reconsideration by the administrator, with or without directions.'[168] Dit is vergelijkbaar met de bevoegdheid van de Nederlandse bestuursrechter ex 8:72 lid 4 Awb om het bestuursorgaan op te dragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van zijn aanwijzingen.

---

160 Hoexter 2012, p. 328-329.
161 Tijdens het apartheidsregime werd bijvoorbeeld een motiveringsplicht aangenomen in het geval dat iemand wordt aangehouden.
162 Zie over reasons onder common law: Hoexter 2012, p. 466-467; Currie & De Waal 2005, p. 678.
163 Section 8(1)(c)(ii)(aa) PAJA.
164 section 8(1)(c)(ii)(bb) PAJA.
165 Hoexter 2012, p. 520-524.
166 Hoexter 2012, p. 520-524, p. 570.
167 Section 8(1)(c) PAJA.
168 Section 8(1)(c)(i) PAJA.

In plaats van de zaak terug te sturen naar het bestuursorgaan, kan setting aside in uitzonderlijke gevallen ('exceptional cases') gecombineerd worden met ofwel 'substituting' of 'correcting'[169] dan wel het betalen van 'compensation'.[170] Als gezegd is dit laatste tot nog toe nooit gebeurd. Substituting kennen we in Nederland als 'zelf in de zaak voorzien' (art. 8:72 lid 3 aanhef en onder b Awb) en is ook hier slechts in enkele situaties mogelijk. Compensation kan worden vergeleken met de bevoegdheid van de bestuursrechter om op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die de belanghebbende lijdt of zal lijden (art. 8:88 e.v. Awb).[171]

Verder voorziet section 8 PAJA in verschillende 'interdicts': 'prohibiting the administrator from acting in a particular manner',[172] 'directing the administrator to act in the manner the court requires'[173] en 'granting a temporary interdict or other temporary relief'.[174] Het gaat hier om maatregelen die het bestuur verplichten zich ergens van te onthouden dan wel iets te doen. De opgelegde interdicts kunnen zowel tijdelijk als finaal van aard zijn.[175] De tijdelijke interdicts zijn tot op zekere hoogte te vergelijken met de voorlopige voorziening in de zin van artikel 8:81 lid 1 Awb.

De PAJA kent voorts de mogelijkheid van een 'declaration of rights'.[176] Een dergelijke bevoegdheid tot het geven van een verklaring voor recht heeft de Nederlandse bestuursrechter niet. Een bevoegdheid die de Awb wel kent is de mogelijkheid van een kostenveroordeling (art. 8:75 Awb en art. 8:75a Awb). Naar Zuid-Afrikaans bestuursrecht is deze remedie neergelegd in section 8(1)(f) PAJA.

Legality

Het remediesysteem in het kader van review op grond van legality is nog onder ontwikkeling. Vaststaat in ieder geval dat 'setting aside' de primaire remedie is. Verder wordt op deze plaats volstaan met de opmerking dat 'compensation' geen remedie is in geval van review op grond van legality. In wezen vormt dit praktisch nauwelijks een relevant verschil met review onder PAJA, omdat compensation tot nog toe nooit is toegekend in de PAJA-rechtspraak. Mogelijk kan onder omstandigheden wel een schadevergoeding worden toegekend wegens schending van fundamentele rechten, waartoe section 38 Constitution een opening biedt. Er wordt in dit verband wel gesproken van 'constitutional damages'.[177]

169 Section 8(1)(c)(ii)(aa) PAJA.
170 Section 8(1)(c)(ii)(bb) PAJA.
171 De in titel 8.4 Awb neergelegde bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure vervangt zowel artikel 8:73 Awb als het zelfstandig schadebesluit.
172 Section 8(1)(b) PAJA.
173 Section 8(1)(a)(ii) PAJA.
174 Section 8(1)(e) PAJA.
175 Hoexter 2012, p. 559 e.v.
176 Section 8(1)(d) PAJA.
177 Currie & De Waal 2005, p. 219-224; Hoexter 2012, p. 568-570.

Review van private powers
De remedies onder common law komen voor een groot deel overeen met de remedies van de PAJA. De primaire remedie is ook hier 'setting aside'; 'correcting' is de uitzondering.[178] In tegenstelling tot de PAJA, is compensation in dit kader waarschijnlijk niet mogelijk. Evenals bij review op grond van legality vormt dit praktisch nauwelijks een relevant verschil, aangezien compensation op grond van de PAJA vooralsnog niet is toegekend.

14.3.4.5 Geen exclusiviteitsregel
De vraag rijst of de judicial reviewprocedure exclusief is. Met andere woorden, als een geschil zich leent voor judicial review, is het volgen van een action procedure dan uitgesloten? Het antwoord op die vraag luidt negatief. In tegenstelling tot het Engelse recht, kent het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht geen exclusiviteitsregel.[179] In de Zuid-Afrikaanse literatuur is de Engelse exclusiviteitsregel bekritiseerd door bijvoorbeeld Baxter. Volgens hem kan de regel leiden tot procedurele onzekerheid en 'the possibility of serious injustice'. Het is immers mogelijk dat men met lege handen komt te staan als de verkeerde procedure is gevolgd, bijvoorbeeld omdat voor een action procedure is gekozen terwijl review de aangewezen weg was. Men staat met lege handen als die fout pas wordt ontdekt na het verstrijken van de termijn waarbinnen een application voor review moet zijn ingesteld.[180]

14.3.4.6 Relevantie action procedure
Nu vaststaat dat de judicial review procedure niet exclusief is, rijst de vraag wanneer er in een publiekrechtelijk geschil behoefte bestaat aan het starten van een action procedure. Die behoefte kan in een aantal situaties aanwezig zijn.

Ten eerste is dat het geval wanneer er in de review procedure geen remedie beschikbaar is. In dat geval kan in een action procedure schadevergoeding ('damages') worden gevorderd.[181]

In de tweede plaats kan behoefte bestaan aan het starten van een action procedure gelet op de beroepstermijn die geldt in een reviewprocedure. Section 7(1) PAJA schrijft een beroepstermijn voor van 180 dagen.

Misschien wel de belangrijkste reden om te kiezen voor een action procedure is, in de derde plaats, wanneer er een geschil over de feiten bestaat. In action procedures wordt het bewijs mondeling geleverd door getuigen. Voor application procedures geldt als uitgangspunt dat het bewijs schriftelijk wordt geleverd door middel van een zogenaamde 'affidavit'. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen is in een review procedure onderzoek naar de feiten mogelijk.[182] Dit heeft tot gevolg dat de judicial review procedure minder geschikt is voor de beslechting van een geschil over de feiten.[183]

178 Hoexter 2012, p. 545 e.v.
179 Zie over de exclusiviteitsregel in het Engelse recht: Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 34-37.
180 Baxter 1984, p. 61.
181 Vergelijk *Thermaine Investments (Pty) Ltd t/a Improvair v Pareto Ltd and Others* (5449/2011) 2011 ZAWCHC 99 (WCC) (28 april 2011); Okpaluba & Osode 2010, p. 157-158.
182 Zie Rule 6(5)(g) Uniform Rules of Court; Erasmus 2004, p. 439.
183 Hoexter 2012, p. 525-526; Erasmus 2004, p. 438-439.

Ten vierde is judicial review minder geschikt ter verkrijging van vergoeding van schade veroorzaakt door overheidshandelen.[184] Weliswaar voorziet section 8(1)(c)(ii)(bb) PAJA in de mogelijkheid van het betalen van 'compensation', maar deze remedie is alleen 'in exeptional cases' beschikbaar. Vooralsnog is compensation nooit toegekend door de rechter. Derhalve is het volgen van een action procedure de aangewezen weg voor het verkrijgen van schadevergoeding. Daar komt bij dat een reviewprocedure, als gezegd, niet geschikt is voor een geschil over de feiten, terwijl daar in schadevergoedingszaken nauwelijks aan te ontkomen valt.

14.3.4.7 Conclusie

In deze paragraaf is uiteengezet wat de bijzondere kenmerken zijn van de judicial review procedure. Daardoor is duidelijk geworden wat de relevantie is van de judicial review procedure in vergelijking met een action procedure. Die relevantie komt tot uitdrukking in de bijzondere procedurele kenmerken, de toetsingsgronden en de remedies.

De judicial review procedure vindt, anders dan in Nederland, (nog) niet plaats bij een bijzondere bestuursrechter. Kenmerkend voor de judicial review procedure is dat het bewijs schriftelijk wordt geleverd middels een 'affidavit' en dat er in wezen geen mogelijkheid is voor een onderzoek naar de feiten. Dit vormt tevens de belangrijkste reden waarom er soms voor gekozen wordt in een publiekrechtelijk geschil toch een action procedure te starten. Die procedure is immers bij uitstek geschikt voor de beslechting van feitelijke geschillen. Verder geldt voor review op grond van de PAJA een beroepstermijn van 180 dagen en de eis dat de 'internal remedies' moeten zijn uitgeput. Deze eisen gelden niet voor review op grond van legality en review van private powers op grond van de common law.

De toetsingsgronden in de reviewprocedure zijn daarvoor exclusief. Het gaat om de gronden lawfullness, reasonableness, procedural fairness en het recht op written reasons. Deze normen zijn in grote mate vergelijkbaar met de bestuursrechterlijke normen naar Nederlands recht zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De hiervoor genoemde toetsingsgronden gelden in ieder geval in een reviewprocedure in de zin van de PAJA. Binnen de context van legality dan wel review van private powers zijn er qua toepasselijkheid en uitwerking van genoemde toetsingsgronden verschillen aan te wijzen. Voor review op grond van legality geldt evenwel dat sprake is van een ontwikkeling waarbij de daar gehanteerde toetsingsgronden in toenemende mate dezelfde inhoud krijgen als de toetsingsgronden onder de PAJA.

184 Hoexter 2012, p. 520-524, p. 570. Zie voor een voorbeeld waarin voor het verkrijgen van schadevergoeding gekozen wordt voor een action procedure terwijl zeer waarschijnlijk judicial review mogelijk is: *Circle Seven Trading 26 CC v Minister of Justice and Constitutional Development* (40325/2009) 2012 ZAGPPHC 197 (GNP) (29 augustus 2012). Deze zaak betreft de beëindiging door de minister van een met Circle Seven Trading 26 CC gesloten contract. Een dergelijke beëindiging is zeer waarschijnlijk een administrative action, maar Circle Seven Trading heeft er niet voor gekozen om op grond daarvan een review procedure te starten. Zie par. 18: 'It is so that the plaintiff did not persist with its claim on the basis of an administrative action. For then it would had to proceed with a review in terms of the Promotion of Administrative Justice Act (PAJA).'

Het is voorts van belang te benadrukken dat de normering van het overheidsoptreden in wezen afhankelijk is van de mogelijkheid tot toegang tot de judicial reviewprocedure. Dit betekent dat het criterium ter afbakening van judicial review twee functies heeft: enerzijds beoogt het de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure af te bakenen en tegelijkertijd dient het ter afgrenzing van de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen. In Nederland is die koppeling in beginsel minder sterk aanwezig: normering is afhankelijk van het zijn van bestuursorgaan en niet van de competentie van de bestuursrechter. Echter, voor semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb gaat dit niet helemaal op. Een b-orgaan is alleen onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor zover zij openbaar gezag uitoefent, dat wil zeggen: handelingen verricht (besluiten neemt in de zin van art. 1:3 Awb) die appellabel zijn bij de bestuursrechter.[185] Met andere woorden: voor b-organen loopt de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter in wezen parallel aan de vraag naar het toepasselijke recht. Dit betekent dat het verschil met het Zuid-Afrikaanse recht op dit punt minder groot is dan het aanvankelijk lijkt.

De remedies in de judicial reviewprocedure zijn exclusief en gelden, met uitzondering van 'subsitution' en 'compensation', niet in een action procedure. De remedies zijn min of meer vergelijkbaar met de bevoegdheden van de Nederlandse bestuursrechter. Het zij opgemerkt dat compensation alleen in uitzonderlijke situaties kan worden toegekend; dat is vooralsnog nooit gebeurd. Derhalve is het volgen van een action procedure de aangewezen weg voor het verkrijgen van schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad ('damages'). Bovendien is de reviewprocedure minder geschikt voor een geschil over de feiten, terwijl een dergelijk geschil in een schadevergoedingszaak hoogstwaarschijnlijk wel aan de orde zal zijn.

14.3.5 Judicial review op grond van de PAJA en het concept 'administrative action'

14.3.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt nagagaan in hoeverre judicial review op grond van de PAJA mogelijk is van handelingen van semipublieke instellingen. Ter beantwoording van die vraag is een nadere analyse nodig van het begrip 'administrative action' dat de sleutel vormt tot judicial review. Daarbij zij nogmaals benadrukt dit begrip twee oogmerken heeft. Ten eerste dient het begrip ter afbakening van de toegang tot de judicial reviewprocedure. Daaraan gekoppeld beoogt het in de tweede plaats het toepasselijke recht af te grenzen. Hieronder wordt ingegaan op de verhouding tussen section 33 Constition en de PAJA (§ 14.3.5.2) en vervolgens

185 In werkelijkheid ligt dit iets genuanceerder. De uitoefening van openbaar gezag levert niet altijd een Awb-besluit op, aangezien ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen openbaar gezag inhoudt. Het besluitbegrip is beperkt tot publiekrechtelijke *rechtshandelingen*. In de jurisprudentie over openbaar gezag gaat het meestal alleen om de vraag naar publiekrechtelijk rechtshandelen, omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter daarvan afhangt.

wordt het begrip administrative action geanalyseerd zoals gehanteerd in de PAJA (§ 14.3.5.3) en section 33 Constitution (§ 14.3.5.4).

14.3.5.2 De verhouding tussen section 33 Constitution en de PAJA

Eerder is uiteengezet dat de PAJA een uitwerking vormt van het recht op administrative justice in section 33 Constitution (§ 14.3.3.1). De vraag is in hoeverre section 33 Constitution nog van betekenis is naast de PAJA. Zowel de PAJA als section 33 Constitution zien op judicial review van 'administrative action'. Er bestaat echter een verschil in reikwijdte van het concept 'administrative action' dat wordt gehanteerd. De reikwijdte van het concept 'administrative action' in de PAJA is nauwer dan in section 33 Constitution. Dit doet de vraag rijzen of rechtstreeks judicial review mogelijk is op grond section 33 Constitution in het geval dat de PAJA niet van toepassing is, omdat de betrokken handeling niet kwalificeert als 'administrative action' in de zin van die wet. Het staat overigens buiten twijfel dat een direct beroep op section 33 Constitution *niet* mogelijk is wanneer de PAJA *van toepassing* is.[186]

In de PAJA (s 1) wordt het begrip 'administrative action' als volgt gedefinieerd:

> 'administrative action' means any decision taken, or any failure to take a decision, by –
> (a) an organ of state, when -
> (i) exercising a power in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
> (ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation; or
> (b) a natural or juristic person, other than an organ of state, when exercising a public power or performing a public function in terms of an empowering provision, which adversely affects the rights of any person and which has a direct, external legal effect (...).

Als gezegd heeft het concept 'administrative action' in de PAJA een engere betekenis dan in section 33 Constitution. Elementen als 'decision', 'adversely affects the rights of any person' en 'direct, external legal effect' maken deel uit van de definitie in PAJA, terwijl section 33 van de Constitution en de daarbij behorende

186 Dat levert strijd op met het subsidiariteitsbeginsel dat met zich brengt dat 'where legislation has been enacted to give effect to a right, a litigant should rely on that legislation in order to give effect to the right or alternatively challenge the legislation as being inconsistent with the Constitution'. *Muzibuko v City of Johannesburg* 2010 (4), SA 1 (CC), par. 73. Zie voorts Chaskalson CJ in *Minister of Health v New Clicks South Africa (Pty) Ltd* 2006 (2) SA 311 (CC), par. 95-96: 'PAJA is the national legislation that was passed to give effect to the rights contained in section 33. It was clearly intended to be, and in substance is, a codification of these rights. It was required to cover the field and purports to do so. A litigant cannot avoid the provisions of PAJA by going behind it, and seeking to rely on section 33(1) of the Constitution or the common law. That would defeat the purpose of the Constitution in requiring the rights contained in section 33 to be given effect by means of national legislation.' Zie ook de vergelijkbare overwegingen van Ngcobo J in par. 436. Zie verder Hoexter 2012, p. 119 en p. 131-133; Klaaren & Penfold (losbl.), § 63.2(a)(i). Vergelijk ook Van der Walt 2008, p. 100-103.

rechtspraak die eisen niet stellen.[187] In het kader van section 33 is in wezen alleen relevant of de aard van de handeling al dan niet publiek van aard is.[188]

De ratio van de engere definitie in PAJA hangt in de eerste plaats samen met de veranderde functie van de reviewprocedure sinds het begin van het democratische tijdperk. Daarvóór was het in wezen de enige manier waarop 'public power' gecontroleerd kon worden en vele instellingen vielen binnen het bereik van de review procedure onder common law. Bepalende criteria in dit verband waren bijvoorbeeld of de instelling bij wet was opgericht, of het onder controle stond van een overheidsinstelling, of het wettelijke bevoegdheden uitoefende, geheel of gedeeltelijk werd gefinancierd door de overheid of de verplichting had in het algemeen belang te handelen.[189] Met de komst van de Constitution werd de brede beschermende functie van de reviewprocedure minder noodzakelijk geacht, bijvoorbeeld vanwege de introductie van een Bill of Rights die – tezamen met de Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discriminiation Act – voorziet in rechtsbescherming tegen discriminatie. Daarom werd de judicial review procedure in section 33 Constitution beperkt tot handelingen die kwalificeren als 'administrative action'. De gedachte om de review procedure te beperken is voortgezet met de nog engere definitie van 'administrative action' in de PAJA.[190] Een tweede reden voor een enge benadering van het begrip administrative action in de PAJA is 'efficiëntie'. Section 33(3)(c) Constitution bepaalt dat national legislation must 'promote an efficient administration'. Op grond hiervan is in de PAJA het begrip administrative action eng afgebakend, zodat de administratieve lasten voor het bestuur (lees: het aantal rechtszaken tegen de overheid) kunnen worden gereduceerd.[191]

Wanneer een handeling niet kwalificeert als administrative action in de zin van de PAJA, maar wel in de zin van section 33 Constitution, dan rijst de vraag of direct judicial review mogelijk is op grond van laatst genoemde bepaling. Er bestaat vooralsnog geen duidelijk antwoord op deze vraag. De lijn in de rechtspraak is dat de bepalingen van de PAJA, en in het bijzonder de definitie van administrative action, zoveel mogelijk moeten worden geïnterpreteerd conform section 33 Constitution.[192] Zie bijvoorbeeld de overwegingen van de Supreme Court of Appeal in *Grey's Marine Hout Bay v Minister of Public Works*:[193]

> 'At the core of the definition of administrative action is the idea of action (a decision) "of an administrative nature" taken by a public body or functionary. Some pointers to what that encompasses are to be had from the various qualifications that surround the definition but it also falls to be construed consistently, wherever possible, with the meaning that has been attributed to administrative action as the term is

187 Hoexter 2012, p. 250.
188 Zie hierna § 14.3.5.4.
189 Hoexter 2012, p. 173.
190 Hoexter 2012, p. 174 en p. 245.
191 Hoexter 2012, p. 245-247.
192 Zie hierover met jurisprudentieverwijzingen: Hoexter 2012, p. 133, p. 250-251; Klaaren & Penfold (losbl.), § 63.2(a)(iv). Vergelijk Van der Walt 2008, p. 112.
193 2005 (6) SA 313 (SCA).

> used in s 33 of the Constitution (from which PAJA originates) so as to avoid constitutional invalidity.'[194]

Die interpretatie kan echter niet zover gaan dat het leidt tot een uitermate gewrongen ('unduly strained') uitleg van het begrip 'administrative action'.[195] Als een redelijke uitleg niet mogelijk is dan kan het wellicht zo zijn dat de PAJA onconstitutioneel is omdat zij erin faalt 'to give effect to' het recht op administrative justice en derhalve een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op section 33 Constitution. De rechtspraak is op dit punt nog niet uitgekristalliseerd.[196] Of in dat geval rechtstreeks judicial review mogelijk is op grond van section 33 Constiution is onzeker. In de literatuur zijn verschillende opvattingen te vinden. Door Hoexter wordt niet geheel uitgesloten dat in dat geval direct judicial review mogelijk is op grond van section 33 Constitution.[197] Klaaren & Penfold zijn evenwel een andere opvatting toegedaan:

> '(...) we note that we do not see a possible role for the constitutional right to just administrative action to be used as a residual right to challenge the validity of administrative action that falls outside the scope of PAJA. In our view, such a direct role for FC s 33 would undermine the role of Parliament. As we have already argued, the proper remedy for under-inclusiveness in PAJA is not direct reliance on FC s 33. It is, rather, an order that PAJA is unconstitutional and does nog properly give effect to the right.'[198]

Hieronder wordt verder ingegaan op het begrip 'administrative action' en in hoeverre handelingen van semipublieke instellingen als zodanig kunnen worden aangemerkt. Ten eerste wordt ingegaan op dit begrip in de context van de PAJA (§ 14.3.5.3) en daarna in de context van section 33 Constitution (§ 14.3.5.4).[199] Uit

194 Par. 22. In dezelfde zin: *Minister of Health v New Clicks South Africa (Pty) Ltd* 2006 (2) SA 311 (CC), par 100 en 128 (Chaskalson CJ), par. 446 (Ngcobo J) en par. 586 (Sachs J).

195 Klaaren & Penfold (losbl.), § 63.2(a)(iv) en de daar aangehaalde rechtspraak.

196 Klaaren & Penfold (losbl.), § 63.2(a)(iv).

197 Hoexter 2012, p. 119 en p. 251: 'Direct review under s 33 is thus available only in limited instances, either where the constitutionality of the PAJA itself is impugned (whether for conflict with s 33 or for its failure to "give effect to" the rights in s 33) or where other original legislation is challenged on the basis that it infringes on the rights in s 33 unjustifiably.'; Hoexter 2004b, p. 118: 'direct constitutional review in terms of section 33 of the Constitution would be an option only in exceptional cases; typically when it is argued that a provision in the Act does not faithfully give effect to in section 33.' Vergelijk Van der Walt 2008, p. 112.

198 Klaaren & Penfold (losbl.), § 63.2(a)(iv).

199 Er wordt voor gekozen eerst te beginnen met de analyse van de definitie in de PAJA en dan met de definitie in section 33 Constitution. Dit is ook de wijze waarop de rechter doorgaans te werk gaat, al komt het ook wel voor dat de rechter eerst nagaat of sprake is van een 'administrative action' in de zin van section 33 Constitution om vervolgens na te gaan in hoeverre de definitie van PAJA daarop een uitzondering maakt. Volgens Quinot 2010b, p. 41-42 is het niet helder hoe die laatste werkwijze zich verhoudt met het subsidiariteitsvereiste dat met zich brengt dat 'where legislation has been enacted to give effect to a right, a litigant should rely on that legislation in order to give effect to the right or alternatively challenge the legislation as being inconsistent with the Constitution'. *Muzibuko v City of Johannesburg* 2010 (4), SA 1 (CC), par. 73.

het voorgaande volgt dat de rechtspraak over het begrip 'administrative action' in de zin van section 33 Constitution relevant is en blijft voor de interpretatie van het begrip in de PAJA.

14.3.5.3 Administrative action in de PAJA

Wanneer het handelen van een semipublieke instelling kan worden aangemerkt als 'adminstrative action' in de zin van section 1 PAJA, dan is op grond van de PAJA judicial review mogelijk. Hieronder wordt nogmaals de definitie weergegeven van het begrip 'administrative action' in de zin van (section 1 van) de PAJA:

> 'administrative action' means any decision taken, or any failure to take a decision, by –
> (a) an organ of state, when -
> (i) exercising a power in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
> (ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation; or
> (b) a natural or juristic person, other than an organ of state, when exercising a public power or performing a public function in terms of an empowering provision, which adversely affects the rights of any person and which has a direct, external legal effect (...).

Deze definitie maakt een duidelijk onderscheid tussen enerzijds de *instelling* (an organ of state or a natural or juristic person exercising a public power or performing a public function) en anderzijds de *handeling* die het verricht (a decision, which adversely affects the rights of any person and which has a direct, external legal effect). In de onderhavige paragraaf wordt alleen ingegaan op het eerste aspect, de kwalificatie van de instelling. We zullen zien dat hiervoor weer de *aard van de handeling* bepalend is.

Het handelen van een private instelling kan een administrative action opleveren als de instelling kan worden aangemerkt als organ of state.[200] Voor de definitie van het begrip 'organ of state' sluit de PAJA expliciet aan bij section 239 Constitution (zie section 1 PAJA). Voor private instellingen geldt dat zij als organ of state kunnen worden aangemerkt in de zin van de Constitution als zij voldoen aan het in section 239(b)(ii) Constitution neergelegde criterium: 'exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation.'[201] Dit

200 Uiteraard moet dan ook aan de andere vereisten van het begrip administrative action zijn voldaan. Als aangegeven laat ik die hier verder onbesproken.

201 Dit criterium wordt overigens ook nog eens apart genoemd in de definitie van administrative action – onder (a)(ii) – in PAJA. Dat heeft voor semipublieke instellingen geen toegevoegde waarde. Er wordt in dit verband ook wel gesproken van een tautologie. Zie Hoexter 2012, p. 206. Vergelijk evenwel het minderheidsoordeel van Langa CJ in *Chirwa v Transnet Ltd* 2008 (4) SA 367 (CC). In deze zaak stond vast dat Transnet kon worden aangemerkt als organ of state (par. 181). Desalniettemin kon het ontslag van een medewerker niet worden aangemerkt als 'exercising a public power or performing a public function' in de zin van section 1(a)(ii) PAJA, omdat volgens Langa CJ een onvoldoende verband bestond tussen het ontslag en de openbare dienst die

criterium is reeds eerder uitgewerkt in paragraaf 14.2.2 en blijft hier verder buiten beschouwing.

Naast semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als organ of state, is tevens judicial review mogelijk als semipublieke instellingen uitvoering geven aan 'a public power or a public function in terms of an empowering provision'.[202] Evenals bij de definitie van organ of state is hier sprake van twee elementen. In de eerste plaats moet de publieke taak of bevoegdheid voortvloeien uit 'an empowering provision'. Dit is ruimer dan 'in terms of any legislation' zoals bij het begrip organ of state wordt gehanteerd. De term 'an empowering provision' wordt zeer ruim geïnterpreteerd, het kan gaan om een wet, een regel van common law, gewoonterecht, een overeenkomst, instrument of ander document. Volgens Hoexter maakt dit zonder meer duidelijk dat de PAJA beoogt om judicial review mogelijk te maken van het handelen van private instellingen.[203] Ook buitenwettelijke handeling van private instellingen vallen eronder.

In de tweede plaats moet sprake zijn van een 'public power' of 'public function'. De vraag is wat daaronder wordt verstaan. Net als bij de behandeling van de rechtspraak over het begrip 'organ of state' beperk ik mij hier tot een bespreking van de standaardjurisprudentie en andere rechtspraak die in de Zuid-Afrikaanse literatuur als relevant wordt beschouwd. Van belang te noemen is het meerderheidsoordeel van Nugent JA voor de Supreme Court of Appeal in de zaak *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry*.[204] In deze zaak ging het om de vraag of een aanbestedingsbeslissing van de National Bargaining Council for the Road Freight Industry kan worden aangemerkt als administrative action in de zin van de PAJA. De Bargaining Council had geïnteresseerde partijen uitgenodigd een voorstel in te dienen voor de uitvoering van een van haar projecten (een anti AIDS programma dat onder andere gericht is op het verschaffen van antiretrovirale behandelingen aan werknemers die werkzaam zijn in het vrachtvervoer over de weg). Nadat deze voorstellen in overweging waren genomen is besloten om niet met een van de indieners in zee te gaan en is een andere dienstverlener aangewezen. Ter discussie staat of deze beslissing een 'administrative action' inhoudt en of aldus de PAJA daarop van toepassing is.

Ter beantwoording van die vraag legt Nugent JA, schrijvend voor de meerderheid, een '*governmental function test*' aan. In eerste instantie wordt in het licht van de Engelse jurisprudentie overwogen 'that there can be no single test of universal application to determine whether a power or function is of a public nature.' Desalniettemin acht Nugent JA het nuttig om na te gaan in hoeverre de 'power' of 'function' 'governmental in nature' zijn.[205] Nugent JA somt de volgende factoren op die in dit kader relevant zijn:

Transnet verricht (par. 188). Strikt geredeneerd betekent dit dat Transnet in zoverre niet handelt als organ of state. Die conclusie blijkt echter niet uit de uitspraak.

202 Uiteraard moet dan ook aan de andere elementen van het begrip 'administrative action' zijn voldoen, maar die blijven hier als eerder aangegeven buiten beschouwing.

203 Hoexter 2012, p. 205-206.

204 2010 (5) SA 457 (SCA).

205 Par. 38-40.

> '(...)What has been considered to be relevant is the extent to which the functions concerned are "woven into a system of governmental control", or "integrated into a system of statutory regulation", or that the government "regulates, supervises and inspects the performance of the function", or it is "a task for which the public, in the shape of the state, have assumed responsibility", or it is "linked to the functions and powers of government", or it constitutes "a privatisation of the business of government itself", or it is publicly funded, or there is "potentially a governmental interest in the decision-making power in question", or the body concerned is "taking the place of central government or local authorities", and so on.'[206]

Volgens Nugent JA is in casu niet aan een van deze elementen voldaan.[207] Verder wordt geen belang gehecht aan het feit dat de collectieve overeenkomst met betrekking tot het anti AIDS programma, dat door de verschillende leden van de council gesloten was, door de minister in het algemeen was uitgebreid naar de gehele beroepsgroep. De collectieve overeenkomst wordt niet gezien als de basis voor de bevoegdheden van de council.[208] Daarnaast wordt overwogen dat de aanbesteding van diensten door de council niet 'publicly accountable' behoeft te zijn.

In de eerste plaats is de council een vrijwillige organisatie die erop gericht is de belangen van zijn leden te verwezenlijken.[209] Ten tweede is section 217 Constitution niet van toepassing en, ten derde, geeft de council geen publiek geld uit, 'but money that emanates from its members and, in some cases, others in the industry, and it is to them, not the public, that it is accountable for the manner in which it does so.'[210] Voorts wordt er nog op gewezen dat de bevoegdheden van de council weliswaar voortvloeien uit het vennootschapsrecht, maar dat dit geen bepalende factor is voor judicial review; dit geldt immers voor elke vennootschap.[211]

De uitspraak inzake *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* is bekritiseerd. In de eerste plaats is er kritiek geleverd op het gebruik van de *'governmental function test'*. Volgens Hoexter is het een vergissing om het begrip 'public' te vereenzelvigen met 'governmental', omdat het laatst genoemde begrip in de Zuid-Afrikaanse context een bredere betekenis heeft. Zo gaat het algemeen belang (public interest) verder dan alleen het belang van de overheid.[212] Voorts is de benadering van Nugent JA uitdrukkelijk niet gevolgd door Vally AJ in *Airports Company South Africa Ltd v ISO Leisure OR Tambo (PTY) Ltd*.[213] Deze uitspraak betreft wederom de weigering om een opdracht te gunnen. Door de Airports Company wordt aangevoerd dat de PAJA niet op de weigeringsbeslissing van toepassing is. Kernargument daarvoor is dat zij bij het nemen van de beslissing geen uitvoering geeft aan een 'governmental

206 Par. 38.
207 Par. 42.
208 Par. 43.
209 Par. 41.
210 Par. 44.
211 Par. 46.
212 Hoexter 2012, p. 4-5.
213 2011 (4) SA 642 (GSJ).

function'.[214] Vally AJ overweegt echter – onder verwijzing naar de uitspraak inzake *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council* (zie over deze uitspraak § 14.2.2.2) – dat dit een te eng criterium is.[215] Daaraan voegt hij toe dat de Supreme Court of Appeal in *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* ook niet heeft bepaald dat de 'governmental function' het enige relevante criterium is.[216] Tegen de achtergrond van de Engelse rechtspraak was Nugent JA in *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* het er immers mee eens 'that there can be no single test of universal application to determine whether a power or function is of a public nature.'[217] Volgens Vally AJ is het antwoord op de vraag naar wat een administrative action constitueert dan ook afhankelijk van een verscheidenheid aan factoren, zoals:

> '(...) whether the body carrying out the function is publicly funded, publicly owned, performing functions that would otherwise be performed by a "pure" governmental organ such as a department that is part of the executive, controls public assets, acquires liabilities that ultimately will have to be borne by the public, or acting in the public interest or is subject to the regulation by statute such as PFMA [Public Finance Management Act 1 of 1999] or the ACSA Act [Airports Company Act 44 of 1993] (...).'[218]

Geen van de genoemde factoren kunnen volgens Vally AJ individueel als doorslaggevend worden beschouwd; het gaat om een samenstel van deze factoren.[219] In casu is doorslaggevend dat de Airports Company volledig in handen is van de overheid en door publiek geld wordt gefinancierd. Daarnaast is bepalend dat de regels over financiële controle uit de Public Finance Management Act (PFMA) op de Airports Company van toepassing zijn.[220] Volgens Quinot vormt deze uitspraak een bevestiging van de algemeen geaccepteerde opvatting dat publieke aanbestedingsbeslissingen zoveel mogelijk onder de reikwijdte van de PAJA behoren te vallen. De uitspraak inzake *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* had hierop een beperkende uitstraling, die door de uitspraak inzake *Airports Company South Africa Ltd v ISO Leisure OR Tambo (PTY) Ltd* enigszins is verminderd.[221]

Een tweede punt van kritiek op de uitspraak inzake *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* is dat tegen de achtergrond van het door de Constitutional Court gewezen *AAA Investments*

214 Par. 47.3.
215 Par. 55.
216 Par. 57-58.
217 *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry*, par. 40.
218 Par. 59.
219 Par. 59.
220 Par. 61.
221 Quinot 2011, § 2.1. Zie voor rechtspraak over aanbestedingsbeslissingen in relatie tot het begrip administrative action bijvoorbeeld Hoexter 2012, p. 184-185.

(Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council wellicht tot een ander oordeel gekomen had kunnen worden. In de benadering van het Constitutional Court lijkt het element van 'vrijwilligheid' volgens Hoexter van minder groot belang in vergelijking met andere relevante factoren. Daarnaast is de uitbreiding naar de gehele beroepsgroep door de minister van de collectieve overeenkomst inzake het anti AIDS programma vergelijkbaar met de regulering van de gehele micro-lending-industry door de Micro Finance Regulatory Council. Verder vraagt Hoexter zich af of de National Bargaining Council for the Road Freight Industry niet uit publieke middelen wordt gefinancierd, nu de financiering bestaat uit door werkgevers en werknemers *verplicht* te betalen contributie. Bovendien meent Hoexter dat niet kan worden ontkend dat er een groot publiek belang is gemoeid met het anti AIDS programma.[222]

14.3.5.4 Administrative action onder section 33 Constitution

Het begrip administrative action zoals gehanteerd in section 33 Constitution is niet nader gedefinieerd in de Constitution. In de rechtspraak heeft het begrip nader vorm gekregen.[223] In het arrest *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union*[224] heeft het Constitutional Court zich in algemene bewoordingen over het concept uitgelaten. Het hof kiest duidelijk voor een *materiële* interpretatie, waarbij primair de 'nature of the power' bepalend is:

> 'In s 33 the adjective "administrative" not "executive" is used to qualify "action". This suggests that the test for determining whether conduct constitutes "administrative action" is not the question whether the action concerned is performed by a member of the executive arm of government. What matters is not so much the functionary as the function. The question is whether the task itself is administrative or not. It may well be, as contemplated in Fedsure,106 that some acts of a legislature may constitute "administrative action". Similarly, judicial officers may, from time to time, carry out administrative tasks. The focus of the enquiry as to whether conduct is "administrative action" is not on the arm of government to which the relevant actor belongs, but on the nature of the power he or she is exercising.'[225]

Volgens het hof dienen er moeilijke grenzen getrokken te worden en dat kan het beste bij wijze van een 'case by case' benadering. Het hof somt de volgende factoren op die het relevant acht ter afbakening van het concept 'administrative action':

> '(...)It will, as we have said above, depend primarily upon the nature of the power. A series of considerations may be relevant to deciding on which side of the line a particular action falls. The source of the power, though not necessarily decisive, is

222 Hoexter 2012, p. 209-210.

223 De rechtspraak in deze paragraaf betreft begrijperlijkerwijs steeds rechtspraak van vóór de PAJA. Sinds de inwerkingtreding van de PAJA vindt judicial review immers plaats op grond van de PAJA en niet op grond van section 33 Constitution (zie § 14.3.5.2).

224 2000 (1) SA 1 (CC).

225 Par. 141.

> a relevant factor. So, too, is the nature of the power, its subject-matter, whether it involves the exercise of a public duty and how closely it is related on the one hand to policy matters, which are not administrative, and on the other to the implementation of legislation, which is. While the subject-matter of a power is not relevant to determine whether constitutional review is appropriate, it is relevant to determine whether the exercise of the power constitutes administrative action for the purposes of s 33. (...).'[226]

Relevante factoren zijn dus 'the source of the power', 'the nature of the power', 'its subject matter', 'the exercise of a public duty' en in hoeverre sprake is van uitvoering van wetgeving. Tegen de achtergrond van deze algemene overwegingen rijst de vraag in hoeverre het handelen van semipublieke instellingen kan worden gekwalificeerd als 'administrative action' in de zin van section 33 Constitution. Bepalend hiervoor is of sprake is van de uitoefening van 'public powers'.[227] Van de hogere rechters is hierover nauwelijks jurisprudentie. In *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd*[228] oordeelt de Supreme Court of Appeal dat Transnet – een verzelfstandigde instelling volledig in handen van de overheid – bij het uitschrijven van een tender ter verkrijging van polshorloges een 'administrative action' verricht. De polshorloges worden cadeau gedaan aan de langst in dienst zijnde werknemers van Transnet. Goodman klaagt dat de beslissing om de opdracht niet aan hem te gunnen, maar aan een andere inschrijver, door Transnet moet worden gemotiveerd ('be furnished with reasons'). Een dergelijke verplichting geldt alleen voor administrative actions. Transnet meent dat in casu geen sprake is van een administrative action, omdat 'it acted in a private, commercial capacity and took part in ordinary contractual activities, to which the Constitution does not apply (...).'[229] Schutz JA oordeelde in zijn meerderheidsbeslissing echter anders. Hij verwijst naar *Umfolozi Transport (Edms) Bpk v Minister van Vervoer* waarin de aanbestedingsbeslissingen van de State Tender Board – die ingevolge de wet namens de staat optreedt – werden beschouwd als 'purely administrative actions and decisions by officials, whilst in addition public money was being spent by a public body in the public interest.'[230] Volgens Schutz JA zijn deze overwegingen ook van toepassing op Transnet. Daaraan voegt hij toe:

---

226 Par. 143.

227 Hoexter 2012, p. 185 en p. 189 e.v.

228 2001 (1) SA 853 (SCA). Zie hierover Quinot 2009, p. 108-111.

229 Olivier JA, par. 18 en 32.

230 Par. 7. In *Umfolozi Transport (Edms) Bpk v Minister van Vervoer* 1997 (2) All SA 548 (A) werd het als volgt verwoord: 'Wat die tweede en derde betoogspunte betref, is daar gedurende die aanhoor van die appèl die vraag geopper, oor die antwoord waarop die advokate dit nie eens was nie, of administratiefregtelike beginsels op die onderhawige aangeleentheid van toepassing is. Ek het geen twyfel nie dat die antwoord bevestigend moet wees. Wat kontraksluiting hier voorafgegaan het, behels suiwer administratiewe handeling en beslissings aan die kant van die betrokke amptenary, en veral die Raad, en boonop in 'n sfeer wat met die besteding van openbare gelde in die openbare belang deur 'n openbare liggaam te doen het. Natuurlik is die onderdaan in hierdie omstandighede op 'n regverdige en billike prosedure geregtig. (...).'

> 'I do not think that anything can be made of the fact that Transnet is now a limited company. The government still owns all the shares in it and thus has ultimate control. It still provides a general service to the public, even though it is now competition- and profit-orientated. It still has a near-monopoly over rail transport.'[231]

De relevante factoren zijn dus het feit dat de overheid alle aandelen houdt, dat Transnet een publieke dienst verricht en nagenoeg handelt als monopolist op het spoor. Gelet hierop kan Transnet zich er wel in vinden dat sommige van haar handelingen als administrative action kunnen worden aangemerkt. In casu meent Transet echter dat de tendering van polshorloges geen administrative action oplevert:

> 'Some of its actions are administrative. Others are not. Thus, so proceeded the argument, when Transnet invites tenders for the supply of locomotives, it acts administratively. But when it invites tenders for toilet paper or, as in this case, gold watches, it does not.'[232]

Schutz JA oordeelt echter anders:

> 'I fail to see how such a distinction is to be drawn, particularly where, as in this case, the purchase of watches is clearly incidental to the exercise of Transnet's general powers. The gold watches are bought so that they may be used to secure the loyalty of employees, much as salaries are paid to secure their services. For the reasons given I am of the view that the actions of Transnet in calling for and adjudicating tenders constituted administrative action, whatever contractual arrangements may have been attendant upon it.'[233]

De inkoop van de polshorloges wordt hier in verband gebracht met de publieke diensten (openbaar vervoer) die Transnet levert. Daarom is de beslissing in kwestie een 'administrative action' in de zin van section 33 Constitution.[234]

Lagere rechtspraak over section 33 Constitution in relatie tot private instellingen die genoemd kan worden is bijvoorbeeld *Cronje v United Cricket Board of*

231 Par. 8.
232 Par. 9.
233 Par. 9.
234 Vergelijk het minderheidsoordeel van Langa CJ in *Chirwa v Transnet Ltd* 2008 (4) SA 367 (CC). Het ontslag van een medewerker van de Transnet Pension Fund Business Unit kon niet worden aangemerkt als 'exercising a public power or performing a public function', omdat volgens Langa CJ een onvoldoende verband bestond tussen het ontslag en de openbare dienst die Transnet verricht (par. 188): 'While Transnet conducts work that has a constant and significant public impact, it is important to recognise the applicant's role in that venture. Her job was to ensure the smooth running of the Transnet Pension Fund. While that is important to Transnet employees, its impact on the public at large is further removed. She affects the proper functioning of the body that ensures the future of Transnet employees after retirement. She does not take decisions regarding transport policy or practice, and while her work may in some way affect the morale of the people who do take those decisions, the ultimate effect of her dismissal on the public service provided by Transnet is negligible.' Zie ook Quinot 2009, p. 113-116.

South Africa.[235] Deze uitspraak betreft een resolutie van de United Cricket Board op grond waarvan een voormalige aanvoerder van het nationale cricketteam voor de rest van zijn leven is uitgesloten van alle activiteiten onder de auspiciën van de United Cricket Board. De eiser betoogt dat hij ten onrechte niet is gehoord voorafgaand aan de vaststelling van de resolutie, hetgeen in strijd is met section 33 Constitution. Volgens Kirk-Cohen J houdt het handelen van de United Cricket Board evenwel geen 'administrative action' in. Hij overweegt:

> 'The respondent is not a public body. It is a voluntary association wholly unconnected to the State. It has its origin in contract and not in statute. Its powers are contractual and not statutory. Its functions are private and not public. It is privately and not publicly funded. The applicant, indeed, makes the point that it "has no statutory recognition or any 'official' responsibility for the game of cricket in South Africa".'[236]

Verder is van belang dat de United Cricket Board niet beschikt over 'statutory powers or duties'.[237] Op deze uitspraak is door Hoexter[238] kritiek geleverd, omdat de rechter geen rekening houdt met het feit dat de United Cricket Board in wezen over een monopolie beschikt in die zin dat iedereen die cricket wil spelen in wezen verplicht aangesloten is bij de UCB. Zij verwijst onder andere naar *Coetzee v Comitis*[239] waarin de rechter bij zijn oordeel dat de National Soccer League een publieke taak verricht erop wees dat eenieder die professioneel voetbal wil spelen is onderworpen aan de regels van de National Soccer League.

14.3.5.5 Conclusie

In de vorige paragrafen is de belangrijkste rechtspraak besproken waarin de rechter in het kader van het concept 'administrative action' nagaat in hoeverre de betrokken semipublieke instelling al dan niet een publieke bevoegdheid of publieke taak uitoefent. Verschillende gezichtspunten – of testen – spelen daarbij een rol. De relevantie van die gezichtspunten kan verschillen. Soms zijn het alternatieve criteria terwijl in andere zaken een combinatie van criteria is vereist.[240] In *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* overweegt Nugent JA heel treffend 'that there can be no single test of universal application to determine whether a power or function is of a public nature.'[241] Het gaat om een combinatie van materiële criteria (bijvoorbeeld: 'public interest') en formele (of: institutionele) criteria (bijvoorbeeld: 'overheidscontrole'). Dit maakt duidelijk dat hoewel het concept 'public function' een materieel concept

235 2001 (4) SA 1361 (T).
236 P. 1375D-E.
237 P. 1375F-1376C.
238 Hoexter 2012, p. 191.
239 2001 (1) SA 1254 (C), par. 17.8.
240 Vergelijk Quinot 2009, p. 128; Hoexter 2012, p. 5.
241 2010 (5) SA 457 (SCA), par. 42. Vergelijk ook Vally AJ in *Airports Company South Africa Ltd v ISO Leisure OR Tambo (PTY) Ltd* 2011 (4) SA 642 (GSJ), par. 59: 'Where more than one of these factors coexist it would be incorrect to hold that any one of them is individually decisive in determining whether the body's conduct constitutes administrative action.'

is, het mede wordt ingevuld door formele (of: institutionele) criteria. Dit betekent dat de materiële benadering aanmerkelijk kan worden gerelativeerd. Het lijkt erop dat de rechter, vanwege de vaagheid van het begrip public function, nauwelijks in staat is daaraan een materiële invulling te geven. Derhalve valt de rechter terug op formele (of: organisatorische) factoren.

14.3.6 Rode draad: state owned enterprises

Judicial review van het handelen van state owned enterprises is doorgaans mogelijk. Zoals eerder uiteengezet kunnen zij immers als organs of state worden aangemerkt omdat zij publieke bevoegdheden uitoefenen dan wel publieke taken verrichten (§ 14.2.5). Het zij opgemerkt dat alleen die handelingen voor judicial review vatbaar zijn die ook verband houden met de uitoefening van die publieke bevoegdheden of publieke taken.[242]

14.3.7 Vergelijking met Nederland

14.3.7.1 Afbakeningscriterium en voor zover-benadering

In deze paragraaf wordt de wijze waarop de toegang tot de judicial review procedure en de toepasselijkheid van de daaraan gekoppelde toetsingsnormen wordt afgebakend, vergeleken met de wijze waarop in Nederland de competentie van de bestuursrechter en de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt begrensd met betrekking tot handelingen van semipublieke instellingen. Naar Zuid-Afrikaans recht is bepalend of de semipublieke instelling een publieke bevoegdheid of publieke taak uitoefent. In Nederland wordt ten aanzien van semipublieke instellingen voor de toegang tot de bestuursrechter en de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aangeknoopt bij het bestuursorgaanbegrip. Semipublieke instellingen kunnen als bestuursorgaan worden aangemerkt wanneer zij met enig openbaar gezag zijn bekleed (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb).[243] Evenals de Zuid-Afrikaanse criteria van 'public power' en 'public function' is openbaar gezag een *materieel* criterium. De aard van de handelingen is bepalend en niet de aard van de instelling.

Deze materiële aanpak houdt tevens in dat handelingen die niet de uitoefening van openbaar gezag inhouden of daarmee samenhangen niet appellabel zijn bij de bestuursrechter en dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daarop niet

242 Zie *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd* 2001 (1) SA 853 (SCA), par. 9 en het minderheidsoordeel van Langa CJ in *Chirwa v Transnet Ltd* 2008 (4) SA 367 (CC), par. 188.

243 Het zij opgemerkt dat de competentie van de bestuursrechter bepaald wordt door het besluitbegrip (art. 8:1 Awb jo. art. 1:3 lid 1 Awb). Het nemen van besluiten (het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen) loopt nagenoeg een op een met de uitoefening van openbaar gezag. Dat neemt niet weg dat de uitoefening van openbaar gezag niet altijd een Awb-besluit oplevert, aangezien ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen openbaar gezag inhoudt. Het besluitbegrip is echter beperkt tot publiekrechtelijke *rechtshandelingen*. In de jurisprudentie over het b-orgaanbegrip gaat het meestal alleen om de vraag naar publiekrechtelijk rechtshandelen, omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter daarvan afhangt.

van toepassing zijn. In zoverre wordt in Nederland een vergelijkbare benadering gehanteerd als in Zuid-Afrika, waar de judicial review procedure en de daaraan gekoppelde rechtsnormen alleen toepassing vinden *voor zover* het handelingen betreft die publiekrechtelijk van aard zijn. Een illustratie van deze voor zoverbenadering is het oordeel van Schutz JA in *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd*[244] dat de aanschaf van gouden polshorloges door Transnet een administrative action oplevert. Vaststond dat Transnet een publieke dienst verricht (openbaar vervoer). De aanschaf van gouden polshorloges wordt als publiekrechtelijk beschouwd omdat het verband houdt met de publieke dienst van Transnet. Handelingen die daar geen relatie mee hebben zijn niet publiek van aard.[245]

14.3.7.2 Gezichtspunten

De Zuid-Afrikaanse rechter hanteert verschillende gezichtspunten bij de beantwoording van de vraag of een semipublieke instelling al dan niet een publieke bevoegdheid of publieke taak uitoefent. Een aantal van die gezichtspunten is ook bepalend in de rechtspraak over het Nederlandse bestuursorgaanbegrip, maar sommige ook niet. Hieronder volgt een vergelijking.[246]

Een van de gezichtspunten die ook een rol speelt in de Nederlandse rechtspraak is de '*source of power*'.[247] Wanneer een bevoegdheid uit de wet voortvloeit is dat voor de Zuid-Afrikaanse rechter een aanwijzing dat de bevoegdheid publiekrechtelijk van aard is. De gangbare manier waarop een private instelling naar Nederlands recht openbaar gezag kan verkrijgen is bij of krachtens de wet. Openbaar gezag houdt in dat men de publiekrechtelijke bevoegdheid heeft tot het bepalen van de rechtspositie (rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten. Het gaat om de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen dan wel feitelijke handelingen. Een bevoegdheid is publiekrechtelijk van aard wanneer de bevoegdheid een wettelijke grondslag heeft. Dat wil zeggen dat de bevoegdheid in een wettelijk voorschrift *exclusief* en *met uitsluiting van ieder ander* aan een private instelling is toegekend. In het Zuid-Afrikaanse recht kan die bevoegdheidsgrondslag ruimer zijn: ook een 'indirecte' wettelijke grondslag is voldoende.[248]

Een relevante factor is ook of de overheid de verantwoordelijkheid heeft genomen voor de taak die de private instelling uitoefent. Nugent JA sprak in *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* over: 'a task for which the public, in the shape of the state, have assumed responsibility'.[249] Dit element is eveneens terug te zien in de Nederlandse

244 2001 (1) SA 583 (SCA), par. 9.

245 Vergelijk het minderheidsoordeel van Langa CJ in *Chirwa v Transnet Ltd* 2008 (4) SA 367 (CC), par. 188.

246 Het zij opgemerkt dat ook de rechtspraak over het begrip 'organ of state' van belang is voor de vraag wat in het kader van judicial review onder een publieke bevoegdheid dan wel publieke taak wordt verstaan. Een vergelijking daarvan met Nederland is reeds in § 14.2.6.2 gemaakt en blijft hier daarom verder buiten beschouwing.

247 Zie uitgebreid over dit criterium in de Zuid-Afrikaanse jurisprudentie Quinot 2009, p. 68 e.v.

248 Quinot 2009, p. 71, p. 79-81.

249 2010 (5) SA 457 (SCA), par. 38.

Silicose-jurisprudentie. Ter beantwoording van de vraag of sprake is van een publieke taak gaat de bestuursrechter na – onder andere op grond van de parlementaire geschiedenis – of de overheid de betrokken taak 'aan zich heeft getrokken'.

Een ander gezichtspunt dat tevens van belang is in de Silicose-rechtspraak is of de activiteiten die de private instelling uitvoert *uit publieke middelen worden betaald*. Vereist is dat de uitoefening van de betrokken activiteit 'in overwegende mate door de overheid wordt gefinancierd'. Overheidsfinanciering is ook een terugkerend element in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak.

Daarnaast is *controle door de overheid* op de taakuitoefening zowel in de Nederlandse als in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak een relevant gezichtspunt. In de Silicose-rechtspraak is bepalend dat de overheid invloed heeft – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de gelden worden besteed. Daarnaast wordt soms ook belang gehecht aan de (institutionele) invloed van de overheid op de private instelling als zodanig. Zo wordt een enkele keer gekeken naar de invloed van de overheid op de samenstelling van het bestuur of de betrokkenheid van de overheid bij de oprichting van de private rechtspersoon. Hierdoor vertoont de Silicose-rechtspraak sterke gelijkenissen met het criterium van 'overwegende overheidsinvloed'. Eerder is aangegeven dat 'overwegende overheidsinvloed' het equivalent is van de Zuid-Afrikaanse 'control test'.[250] Overwegende overheidsinvloed is naar Nederlands recht echter geen algemeen geldend criterium ter afbakening van het bestuursorgaanbegrip; het geldt alleen in ambtenaarrechtelijke casus. Naast overheidscontrole speelt ook overheids*toezicht* een rol in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak ('the government regulates, supervises and inspects the performance of the function').[251] Dat levert naar Nederlands recht geen openbaar gezag op.[252]

Een element dat wel weer is terug te vinden in de Nederlandse rechtspraak is of de private instelling *de plaats in heeft genomen van een traditionele overheidsinstelling* ('the body concerned is taking the place of central government or local authorities').[253] Wederom kan weer verwezen worden naar de Silicose-jurisprudentie, waarin in wezen op grond van een 'verlengde arm redenering' wordt aangenomen dat een private instelling openbaar gezag uitoefent.[254]

De Zuid-Afrikaanse rechter acht het soms relevant dat een sempublieke instelling binnen een bepaald gebied, bijvoorbeeld het vervoer over het spoor, over een *monopolie* beschikt.[255] In de Nederlandse rechtspraak vormt dit geen bepalende factor voor openbaar gezag. Jurgens & Van Ommeren wijzen bijvoorbeeld op de NV Luchthaven Schiphol. Weliswaar heeft de luchthaven een belangrijke rol binnen de samenleving, maar het vaststellen van tarieven door Schiphol wordt

250 § 14.2.6.2.

251 *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* 2010 (5) SA 457 (SCA), par. 38.

252 Vergelijk ook Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 82-83.

253 *Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd v National Bargaining Council for the Road Freight Industry* 2010 (5) SA 457 (SCA), par. 38.

254 Zie ook Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 83-84.

255 Bijvoorbeeld *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd* 2001 (1) SA 853 (SCA), par. 8.

door de bestuursrechter niet als een publieke taak of bevoegdheid beschouwd. In zoverre beschikt Schiphol niet over openbaar gezag en is het aldus geen bestuursorgaan.[256]

Het gevolg van een monopolie is vaak dat voor mensen feitelijk een *aansluitverplichting* bij een bepaalde organisatie ontstaat. Dit aspect, dat een belangrijke factor is voor judicial review van private powers (zie § 14.3.3.4), speelt in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak ook wel een rol om te kunnen bepalen of een handeling publiek van aard is. Op dit punt kan een vergelijking worden gemaakt met de Nederlandse rechtspraak over *wettelijke* aansluitverplichtingen. Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) dat de Beroepscommissie van de Stichting Informatiedienstencode (Stic) bij het opleggen van sancties jegens platformaanbieders als bestuursorgaan handelt. De reden daarvoor is onder andere dat voor de platformaanbieders een wettelijke aansluitingsverplichting geldt bij een door de minister erkende instelling, terwijl de stichting Stic als enige over een dergelijke erkenning beschikte.[257] In een uitspraak van het CBb over de Koninklijke Vereniging het Friesch Paarden-Stamboek werd geoordeeld dat wanneer de vereniging een deklimiet vaststelt en handhaaft niet handelt als bestuursorgaan.[258] Weliswaar is de vereniging erkend als instelling die het stamboek voor Friese paarden bijhoudt, maar het vaststellen van een deklimiet behoort volgens het CBb niet tot de taken verbonden aan de erkenning, zodat met het stellen van de deklimiet geen openbaar gezag wordt uitgeoefend. Mogelijk speelt hier een rol dat voor de leden geen *wettelijke* aansluitingsverplichting bestaat. Feitelijk bestaat die aansluitingsverplichting wel, maar dat vormt kennelijk geen reden voor het aannemen van openbaar gezag. Of al dan niet sprake is van een *wettelijke* aansluitingsverplichting lijkt in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak echter niet van groot belang te zijn; het gaat om de feitelijke gevolgen van het monopolie.

De Zuid-Afrikaanse rechtspraak laat ook een aantal gezichtspunten zien die in het Nederlandse recht niet bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of een private instelling een bestuursorgaan is. Een factor die in Zuid-Afrika wel wordt genoemd, is bijvoorbeeld of de overheid *alle aandelen* van een instelling houdt. Naar Nederlands recht is dit geen bepalende omstandigheid. Het feit dat de Nederlandse staat alle aandelen in handen heeft van ABN AMRO, maakt haar nog geen bestuursorgaan.[259]

Een factor die ook niet bepalend is voor het bestuursorgaanbegrip is of de handelingen van de instelling zijn 'integrated into a system of staturory regulation'. Dit gezichtspunt, ook wel aangeduid als '*statutory underpinning*', komt soms wel

256 Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 53 onder verwijzing naar ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996, 474 (m.nt. AFMB).

257 ABRvS 9 februari 2005, *AB* 2005, 305 (m.nt. Peters). Zie ook Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 53-54 en aldaar genoemde literatuur en rechtspraak. Deze rechtspraak wordt ook vaak geplaatst in de sleutel van 'openbaar gezag door een wettelijke erkenning'. Zie Jak & Steyger onder CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257.

258 CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257 (m.nt. Jak & Steyger).

259 Vergelijk Nijland 2013, p. 98.

voor in de Nederlandse rechtspraak,[260] maar niet in het kader van de vraag of een private instelling een bestuursorgaan is.

In de Nederlandse rechtspraak speelt ook geen rol of een semipublieke instelling taken uitoefent 'that would otherwise be performed by a "pure" governmental organ such as a department that is part of the executive'.[261] Hierbij gaat het om de vraag of een traditioneel overheidsorgaan de taak zou behartigen als daarin niet was voorzien door een private instelling. Dit wordt ook wel de *'but for'-test* genoemd. In de Nederlandse rechtspraak over 'openbaar gezag' is dit geen factor van betekenis.[262]

Het feit dat een private instelling een handeling in het *algemeen belang* ('public interest') verricht, vormt in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak tevens een gezichtspunt om te bepalen of een bevoegdheid of taak publiek van aard is. Naar Nederlands recht is het enkele feit dat een algemeen belang wordt behartigd onvoldoende om een instelling als bestuursorgaan aan te merken. Dat Greenpeace het algemeen belang behartigt, houdt nog niet in dat zij openbaar gezag uitoefent.[263]

14.3.7.3 Judicial review van private powers

Op grond van de common law is naar Zuid-Afrikaans recht ook judicial review mogelijk van *private powers*.[264] Het gaat hier met name om bestraffende dan wel disciplinaire maatregelen van kerken, clubs, private onderwijsinstellingen, sportverenigingen etcetera. Tegen dergelijke maatregelen is judicial review mogelijk, omdat zulke maatregelen mogelijk onomkeerbare gevolgen kunnen hebben voor het individu. Het gaat in wezen om de uitoefening van zogenaamde 'coercive powers'. Daarnaast speelt een rol dat burgers vaak verkeren in een ongelijke onderhandelingspositie ten opzichte van dergelijke organisaties, omdat zij feitelijk geen keuze hebben bij welke organisatie zij zich zullen aansluiten.

In de vorige paragraaf werd reeds aangegeven, dat op dit punt een vergelijking kan worden gemaakt met de Nederlandse rechtspraak over wettelijke aansluitverplichtingen. Zo kan het opleggen van een sanctie door een private instelling aan bij haar aangesloten particulieren als de uitoefening van openbaar gezag worden beschouwd als sprake is van een wettelijke aansluitingsverplichting. De betrokken private instelling wordt dan als bestuursorgaan aangemerkt. Tegen de opgelegde sanctie staat derhalve bestuursrechtelijke rechtsbescherming open en de sanctie is onderworpen aan bestuursrechtelijke rechtsnormen.

Voorts kan een verband worden gelegd met de Nederlandse rechtspraak van de burgerlijke rechter, die in de laatste decennia in toenemende mate is gaan differentiëren naar de hoedanigheid van partijen, waardoor de wederpartij van een machtige (rechts)persoon, bijvoorbeeld een monopolist, steeds meer wordt beschermd. De open normen van het privaatrecht bieden de ruimte om rekening

260 Zie Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 50-51.

261 *Airports Company South Africa Ltd v ISO Leisure OR Tambo (PTY) Ltd* 2011 (4) SA 642 (GSJ), par. 59.

262 Vergelijk ook Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 49.

263 Vergelijk Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 85; Vergelijk ook de annotatie van Zijlstra onder Rb. Rotterdam 18 mei 2005, *AB* 2005, 272.

264 Zie § 14.3.3.4.

te houden met de machtspositie van een private instelling, die daardoor aan bijzondere eisen van zorgvuldigheid kan worden gebonden vergelijkbaar met de beginselen uit het publiekrecht.[265] Een opvallend verschil met Zuid-Afrika is dat een dergelijke machtspositie naar Nederlands recht er niet toe kan leiden dat de bestuursrechter bevoegd is of dat bestuursrechtelijke normen van toepassing zijn, terwijl dat naar Zuid-Afrikaans recht onder omstandigheden wel het geval kan zijn. Een monopolie of machtspositie heeft namelijk niet tot gevolg dat een private instelling als bestuursorgaan kan worden beschouwd. Dat neemt niet weg dat de burgerlijke rechter op een dergelijke machtige private instelling wel normen toepast die vergelijkbaar zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In dat geval is geen sprake van directe toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar hooguit van *congruentie* tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen. De burgerlijke rechter vult de open normen van het BW zo in dat die normen vergelijkbaar zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Privaatrechtelijke rechtsvinding leidt aldus tot bescherming van waarden die ook in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot uitdrukking komen. Het zij nogmaals benadrukt dat dit in Zuid-Afrika dus anders kan zijn. Tegen het handelen van sommige monopolisten of andere machtige private instellingen is naar Zuid-Afrikaans recht onder omstandigheden wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming ('judicial review') mogelijk en zijn publiekrechtelijke normen rechtstreeks op dat handelen van toepassing. Het gaat dan met name om de eerder genoemde kerken, clubs, private onderwijsinstellingen en sportverenigingen. Het is hierbij van belang op te merken dat pure commerciële instellingen, die ook over een machtspositie jegens burgers beschikken of een monopolie hebben, niet onderworpen zijn aan judicial review.

14.3.8 Mogelijke verklaringen voor de verschillen tussen het Zuid-Afrikaanse en het Nederlandse recht

In de vorige paragraaf is het Zuid-Afrikaanse recht vergeleken met het Nederlandse recht. Duidelijk is geworden dat een aantal van de gezichtspunten die van betekenis zijn in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak ook bepalend is in de Nederlandse rechtspraak over het bestuursorgaanbegrip, maar sommige ook niet. De belangrijke conclusie die daaruit volgt, is dat de toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming en de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen met betrekking tot semipublieke instellingen in Zuid-Afrika *ruimer* zijn dan in Nederland. De vraag is wat de mogelijke verklaringen voor dit verschil zijn.

Een verklaring voor de ruimere benadering in het Zuid-Afrikaanse recht kan zijn dat in Zuid-Afrika een sterkere koppeling bestaat tussen de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure en het toepasselijke recht dan in Nederland. De toepassing van publiekrechtelijke normen is in Zuid-Afrika in wezen afhankelijk van de toegang tot de judicial review procedure ('jurisdiction determines substance').[266] In Nederland is dat anders. De toepasselijkheid van

265 Zie § 2.3.4.
266 Zie § 14.3.4.3.

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is niet gekoppeld aan de toegang tot de bestuursrechter, maar aan het bestuursorgaanbegrip (art. 1:1 Awb). Zo geldt voor de traditionale overheidsinstellingen (a-organen) dat *al* hun handelingen publiekrechtelijke genormeerd zijn, ook die handelingen die niet appellabel zijn bij de bestuursrechter, zoals feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen. Gelet hierop is het, in tegenstelling tot in Zuid-Afrika, niet nodig om met het oog op de toepasselijkheid van publiekrechtelijke rechtsnormen de competentie van de bestuursrechter uit te breiden. Die normen zijn gekoppeld aan het zijn van bestuursorgaan en derhalve worden die normen ook door de burgerlijke rechter toegepast.[267]

De voorgaande redenering biedt echter geen uitkomst ter verklaring van het verschil in benadering tussen Zuid-Afrika en Nederland met betrekking tot *semipublieke instellingen*. Naar Nederlands recht geldt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alleen op semipublieke instellingen van toepassing zijn voor zover zij openbaar gezag uitoefenen, dat wil zeggen: handelingen verrichten (besluiten nemen in de zin van art. 1:3 Awb) die appellabel zijn bij de bestuursrechter.[268] Met andere woorden: voor b-organen loopt de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter, in tegenstelling tot bij a-organen, in wezen parallel aan de vraag naar het toepasselijke recht. Dat de toegang tot de bestuursrechter en de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen in dit geval samengaan, blijkt ook uit de Silicose-rechtspraak, waarin het b-orgaanbegrip wordt uitgebreid tot *buitenwettelijk* openbaar gezag. Het oogmerk van deze rechtspraak is primair de toegang tot de bestuursrechter mogelijk te maken ten aanzien van handelingen van semipublieke instellingen die strikt genomen buiten de competentie van de bestuursrechter vallen (in casu: buitenwettelijk openbaar gezag). Een dergelijke strategische uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het oog op de bevoegdheid van de bestuursrechter brengt (onbedoeld?) ook een uitbreiding van de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen met zich.[269] Uit het voorgaande volgt dat de sterkere relatie die Zuid-Afrika kent tussen normering en de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure, niet verklaart waarom in Zuid-Afrika de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure

267 Vergelijk Jurgens & Van Ommeren 2012, p. 189, die dezelfde opmerking maken over het verschil tussen het Engelse en het Nederlandse recht.

268 In werkelijkheid ligt dit iets genuanceerder. De uitoefening van openbaar gezag levert niet altijd een Awb-besluit op, aangezien ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen openbaar gezag inhoudt. Het besluitbegrip is beperkt tot publiekrechtelijke *rechtshandelingen*. In de jurisprudentie over openbaar gezag gaat het meestal alleen om de vraag naar publiekrechtelijk rechtshandelen, omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter daarvan afhangt.

269 De Silicose-rechtspraak functioneert in beginsel dus niet ter vaststelling van het toepasselijke recht. Daarom kan niet zonder meer worden gesteld dat een zogenoemd Silicose-bestuursorgaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden, ook al volgt dat strikt genomen wel automatisch als bijeffect uit de Awb. Aan de andere kant is het wel aannemelijk dat (door de bestuursrechter is beoogd dat) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, gelet op het het feit dat de Afdeling de Silicose-rechtspraak ook toepast als het gaat om de afbakening van het toepassingsbereik van de Wet openbaarheid van bestuur. Zie § 2.2.5.3.

en de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen *ten aanzien van semipublieke instellingen* ruimer zijn dan in Nederland.

Mogelijk kan de ruimere benadering in Zuid-Afrika worden verklaard tegen de achtergrond van het *primaat van de judicial reviewprocedure* in Zuid-Afrika. Dit primaat heeft zich ontwikkeld gedurende het apartheidsregime. Judicial review was in wezen de enige controlemogelijkheid van overheidshandelen. Andere voorzieningen die controle op de overheid mogelijk kunnen maken – te denken valt aan een ombudsmanvoorziening of het recht op toegang tot overheidsinformatie – bestonden niet of nauwelijks. Dit betekende dat judicial review de enige hoop was tegen de onmenselijke gevolgen van het apartheidsbeleid. Daardoor ontstond er een 'pro-review'-houding onder anti-apartheid juristen. Zij vroegen om steeds meer rechterlijke interventie en een zo breed mogelijke toepassing van de judicial review procedure.[270] In het licht hiervan was de rechter in toenemende mate bereid om het handelen van de overheid aan judicial review te onderwerpen. Dat gold echter niet alleen voor het handelen van de (klassieke) overheid. Ook het handelen van private, semipublieke instellingen werd meer en meer onder de reikwijdte van de judicial review procedure gebracht.[271] De constitutionalisering van het bestuursrecht en de inwerkingtreding van de Promotion of Administrative Justice Act hebben het primaat van judicial review niet verminderd. Integendeel, volgens Hoexter zal dit de nadruk op judicial review alleen maar vergroten hetgeen tot een toename van procedures zal leiden. Judicial review zal volgens haar waarschijnlijk (ook in de toekomst) het belangrijkste controlemechanisme op het gebruik van 'public power' blijven. Misschien nog wel meer dan tijdens het apartheidsregime.[272]

Een verklaring voor de engere benadering in Nederland kan gevonden worden in de achtergrond van het criterium 'openbaar gezag' dat het b-orgaanbegrip afbakent. Het criterium van openbaar gezag is afkomstig uit de voorgangers van de Awb, namelijk: de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet BAB) en de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet AROB). In deze

270 Hoexter 2000, p. 484-488; Hoexter 2012, p. 58-59.

271 Hoexter 2000, p. 505; Hoexter 2012, p. 173. Van belang in dit verband is ook de overweging van het Constitutional Court in *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council* 2007 (1) SA 343 (CC), par. 40 dat de Zuid-Afrikaanse Constitution 'ensures that the government cannot be released from its human rights and rule of law obligations simply because it employs the strategy of delegating its functions to another entity'. Dit is ook precies de ratio achter de ruime benadering die het EHRM hanteert bij de afbakening van de verticale toepasselijkheid van het EVRM. Zie § 10.3.2.

272 Hoexter 2000, p. 498-499, p. 519. Dit ondanks het feit dat er thans een Bill of Rights is, waardoor 'administrative-law review' niet meer al het werk hoeft te doen. In de woorden van Chaskalson P voor het Constitutional Court in *Pharmaceutical Manufacturers Associations of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa*, par. 45: 'Courts no longer have to claim space and push boundaries to find means of controlling public power.' Als het bijvoorbeeld gaat om discriminatie kan nu worden teruggevallen op section 9 Constitution en de Promotion of Equality and Prevention of Unfair Disrimination Act (Act 4 of 2000). Zie Hoexter 2012, p. 174. Daarnaast zijn er nu bijvoorbeeld ook een ombudsmanvoorziening en een recht op toegang tot overheidsinformatie; zaken die een bijdrage leveren aan controle op de overheid maar die tijdens het apartheidsregime niet bestonden. Zie Hoexter 2012, p. 59-60.

wetten werd het begrip 'administratief orgaan' gedefinieerd als ieder persoon en ieder college, *met enig openbaar gezag bekleed*. Aansluiting bij dit criterium lag volgens de Awb-wetgever voor de hand omdat het reeds 'ingang heeft gevonden en (...) blijkens de jurisprudentie niet tot veel vragen aanleiding heeft gegeven.'[273] Gelet op de primaire functie dat het criterium van openbaar gezag had in de Wet BAB en de Wet AROB – namelijk: het afbakenen van de toegang tot de bestuursrechter[274] – valt goed te begrijpen waarom de Awb-wetgever ook in de Awb aansluiting zoekt bij dit criterium. Weliswaar is de toegang tot de bestuursrechter in de Awb gerelateerd aan het besluitbegrip (art. 8:1 jo. art. 1:3 Awb), maar het verschil met het b-orgaanbegrip is niet groot. In de meeste gevallen loopt de uitoefening van openbaar gezag (b-orgaan) immers een op een met het nemen van besluiten: het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen.[275] Dat de toegang tot de bestuursrechter in Nederland beperkt is tot publiekrechtelijke rechtshandelingen (besluiten) kan worden begrepen gelet op de functie van het bestuursprocesrecht. Die is primair gelegen in het mogelijk maken van *rechtsbescherming* voor de burger. Aangezien ook de burgerlijke rechter rechtsbescherming kan bieden, gaat het niet om rechtsbescherming als zodanig. Van belang zijn met name de bijzondere kenmerken van het bestuursprocesrecht, waaronder een informele en minder kostbare procedure. Deze aspecten worden met name van belang geacht als het om het nemen van besluiten: dat wil zeggen, publiekrechtelijk rechtshandelen: het eenzijdig wijzigen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten.[276]

Het b-orgaanbegrip functioneert niet alleen ter afbakening van de competentie van de bestuursrechter, maar is ook bepalend voor het toepasselijke recht. De vraag is waarom ook voor de toepasselijkheid van publiekrechtelijke rechtsnormen, als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, is aangesloten bij het (enge) criterium van openbaar gezag. Naar het antwoord op die vraag kan men enkel gissen. De Awb-wetgever heeft namelijk niet inzichtelijk gemaakt waarom de toepasselijkheid van de materiële Awb-normen en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur is beperkt tot instellingen die openbaar gezag uitoefenen. Wellicht heeft de wetgever bij de transponering van het criterium van openbaar gezag van de Wet AROB naar de Awb zich er geen rekenschap van gegeven dat dit criterium ten aanzien van b-organen niet alleen bepalend is voor de toegang tot de bestuursrechter, maar ook voor de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen.[277]

---

273 *PG Awb I*, p. 132.

274 In het verlengde daarvan had het criterium ook wel enige betekenis voor het *toepasselijk recht*. In de Wet BAB en de Wet AROB waren namelijk als beroepsgronden opgenomen de strijd met een algemeen verbindend voorschrift, het verbod van *détournement de pouvoir*, het willekeurverbod en het enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

275 Als eerder gezegd is dit niet altijd het geval, omdat ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen openbaar gezag inhoudt. In de jurisprudentie over openbaar gezag gaat het meestal alleen om de vraag naar publiekrechtelijk rechtshandelen, omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter daarvan afhangt.

276 Jurgens & Van Ommeren 2012, p. 189.

277 Zie ook § 2.2.3.

14.3.9 Conclusie

In de onderhavige paragraaf is ingegaan op de vraag in hoeverre het handelen van semipublieke instellingen onderworpen is aan de judicial reviewprocedure. Wanneer deze procedure toepassing vindt dan kan het handelen van de betrokken semipublieke instelling door de rechter worden getoetst aan normen die tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn met de Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Met andere woorden: de inhoud van het toepasselijke recht is afhankelijk van de toegang tot de judicial review procedure ('jurisdiction determines substance'). In Nederland wordt de vraag naar de toepasselijke rechtsnormen in beginsel onderscheiden van de vraag naar de bevoegdheid van de bestuursrechter. Dit komt tot uitdrukking in het onderscheid dat wordt gemaakt tussen het bestuursorgaanbegrip (art. 1:1 Awb), dat bepalend is voor de toepasselijke rechtsnormen, en het besluitbegrip (art. 1:3 Awb), dat de competentie van de bestuursrechter afbakent. Echter, voor semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb gaat dit niet helemaal op. Een b-orgaan is alleen onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor zover zij openbaar gezag uitoefent, dat wil zeggen: handelingen verricht (besluiten neemt in de zin van art. 1:3 Awb) die appellabel zijn bij de bestuurrechter.[278] Met andere woorden: voor b-organen loopt de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter in wezen parallel aan de vraag naar het toepasselijke recht. Dit betekent dat het verschil met het Zuid-Afrikaanse recht op dit punt minder groot is dan het aanvankelijk lijkt.

Verschillende wegen kunnen leiden tot judicial review. Of het handelen van semipublieke instellingen daarvoor in aanmerking komt, wordt uiteindelijk – gelet op het legality beginsel, op grond waarvan de uitoefening van 'all public power' reviewable is (§ 14.3.3.2) – in de kern bepaald door het criterium of een 'public power' dan wel een 'public function' wordt uitgeoefend. Dit criterium heeft twee functies. Het criterium dient in de eerste plaats ter afbakening van de judicial reviewprocedure die, ten opzichte van een action procedure, zijn eigen bijzondere kenmerken heeft. Ten tweede beoogt het criterium de toepasselijke rechtsnormen af te bakenen. Dit is vergelijkbaar met het Nederlandse b-orgaanbegrip en het criterium van openbaar gezag (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb) dat met betrekking tot semipublieke instellingen zowel de toegang tot de bestuursrechter afbakent als bepalend is voor de reikwijdte van de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Als gezegd wordt de reikwijdte van de judicial review procedure afgebakend door het criterium 'public power' en 'public function'. Dit is, evenals het criterium van openbaar gezag in Nederland, een *materieel* criterium. De aard van de

278 In werkelijkheid ligt dit iets genuanceerder. De uitoefening van openbaar gezag levert niet altijd een Awb-besluit op, aangezien ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen openbaar gezag inhoudt. Het besluitbegrip is beperkt tot publiekrechtelijke *rechtshandelingen*. In de jurisprudentie over openbaar gezag gaat het meestal alleen om de vraag naar publiekrechtelijk rechtshandelen, omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter daarvan afhangt.

handelingen is bepalend en niet de aard van de instelling. Deze materiële aanpak houdt tevens in dat handelingen die niet de uitoefening van een public power of public function betreffen, niet betrokken kunnen worden in een judicial review procedure en ook niet publiekrechtelijk genormeerd zijn. In zoverre wordt in Zuid-Afrika een vergelijkbaar systeem gehanteerd als in Nederland: bestuursrechtelijke normen zijn niet op alle handelingen van private instellingen van toepassing, maar gelden alleen *voor zover* die handelingen publiekrechtelijk van aard zijn (voor zover-benadering).

Om te kunnen bepalen of een semipublieke instelling al dan niet een public power of public function verricht, maakt de Zuid-Afrikaanse rechter gebruik van verschillende gezichtspunten of 'testen'. De relevantie van die gezichtspunten kan verschillen. Soms zijn het alternatieve factoren, terwijl in andere zaken een combinatie van factoren is vereist. Het gaat hier om zowel materiële factoren (bijvoorbeeld: 'public interest') als, met name, formele (of: institutionele) factoren (bijvoorbeeld: 'overheidscontrole'). Dit maakt duidelijk dat hoewel het concept 'public function' op het eerste gezicht een materieel concept is, het mede wordt ingevuld door formele (of: institutionele) criteria. Dit betekent dat de materiële benadering aanmerkelijk kan worden gerelativeerd. Het lijkt erop dat de rechter, vanwege de vaagheid van het begrip public function, nauwelijks in staat is daaraan een materiële invulling te geven. Derhalve valt de rechter terug op formele (of: organisatorische) factoren. In Nederland is dit ook terug te zien in de Silicoserechtspraak, waarin niet zozeer de aard van de handeling relevant is, maar andere factoren, waaronder financiering en controle.

Een aantal van de gezichtspunten die van betekenis zijn in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak is ook bepalend in de rechtspraak over het bestuursorgaanbegrip, maar sommige ook niet. Hieruit volgt de belangrijke conclusie dat de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure en de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen met betrekking tot semipublieke instellingen in Zuid-Afrika *ruimer* is dan in Nederland. Zo wordt in Zuid-Afrika bijvoorbeeld als relevant gezichtspunt onderkend dat de overheid alle aandelen van een private instelling houdt. In Nederland is dat geen bepalend criterium voor openbaar gezag. Een instelling als ABN AMRO is niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanwege het enkele feit dat het een overheidsbedrijf is.

Een mogelijke verklaring voor de ruimere benadering in Zuid-Afrika lijkt gelegen te zijn in het tijdens het apartheidsregime ontwikkelde primaat van de judicial reviewprocedure. Tegen die achtergrond heeft de rechter de reikwijdte van de judicial reviewprocedure uitgebreid, met name ook naar semipublieke instellingen. De engere benadering in Nederland kan mogelijk worden verklaard tegen de achtergrond van het criterium van openbaar gezag dat afkomstig is uit de voorgangers van de Awb: de Wet BAB en de Wet AROB. Het criterium van openbaar gezag functioneerde daar primair ter afbakening van de toegang tot de bestuursrechter en het valt gelet op die functie ook goed te begrijpen waarom de Awb-wetgever in de Awb aansluiting heeft gezocht bij dat criterium ter afbakening van het b-orgaanbegrip. Juist wanneer openbaar gezag wordt uitgeoefend, als dus de rechtspositie van andere rechtssubjecten wordt bepaald, is rechtsbescherming door de bestuursrechter aangewezen. Dit verklaart evenwel niet waarom ook voor

de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aangeknoopt wordt bij het criterium van openbaar gezag. Naar een antwoord op deze vraag kan men gissen. De Awb-wetgever heeft namelijk niet inzichtelijk gemaakt waarom de toepasselijkheid van de materiële Awb-normen en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur is beperkt tot instellingen die openbaar gezag uitoefenen.

Ten slotte is naar Zuid-Afrikaans recht judicial review mogelijk van *private powers*. Dit kan worden vergeleken met de Nederlandse rechtspraak over wettelijke aansluitverplichtingen. Voorts kan een verband worden gelegd met de Nederlandse rechtspraak van de burgerlijke rechter, die in toenemende mate is gaan differentiëren naar de hoedanigheid van partijen, waardoor de wederpartij van een machtige (rechts)persoon, bijvoorbeeld een monopolist, steeds meer wordt beschermd. De open normen van het privaatrecht bieden de ruimte om rekening te houden met de machtspositie van een private instelling, die daardoor aan bijzondere eisen van zorgvuldigheid kan worden gebonden vergelijkbaar met de beginselen uit het publiekrecht. Een opvallend verschil met Zuid-Afrika is dat een dergelijke machtspositie naar Nederlands recht er niet toe kan leiden dat de bestuursrechter bevoegd is of dat bestuursrechtelijke normen van toepassing zijn (tenzij het gaat om wettelijke aansluitverplichtingen).

14.4 De klassificatiebenadering

In de vorige paragrafen is gebleken dat de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen, en ook de toegang tot de judicial review-procedure, afhankelijk zijn van verschillende criteria. Steeds dient de rechter na te gaan of aan die criteria is voldaan, hetgeen ook weer van verscheidene factoren afhankelijk is. In dit verband wordt wel gesproken van de 'klassificatiebenadering'. Deze benadering gaat uit van de veronderstelling dat elk handelen kan worden gekwalificeerd als publiekrechtelijk dan wel als privaatrechtelijk, hetgeen bepalend is voor het al dan niet van toepassing zijn van publiekrechtelijke normen.[279] In Zuid-Afrika staat de klassificatiebenadering onder druk. Zij wordt wel beschouwd als een voorbeeld van 'South African jurisprudential conservatism'[280] en wordt door sommigen omschreven als '(...) a formalistic and conceptual approach to the regulation of state commercial activity where the form of the action or the conceptual label attached to it determines the judicial control of such action.'[281] In zijn boek *State commercial activity. A Legal Framework*, heeft Quinot onder verwijzing naar de Zuid-Afrikaanse literatuur een overzicht gegeven van

279 Quinot 2009, p. 52.

280 Quinot 2009, p. 52 onder verwijzing naar Klare 1998, p. 169.

281 Quinot 2009, p. 52 onder verwijzing naar Hoexter 2004a, p. 597-599. In het citaat wordt gesproken over '*state* commercial activity' [cursief NJ], maar de klassificatiebenadering ziet uitdrukkelijk ook op de vraag naar publiekrechtelijke normering van *semipublieke* instellingen. Zie Quinot 2009, p. 55-56.

de voor- en nadelen die kleven aan de klassificatiebenadering. Hieronder volgt daarvan een samenvatting.

In de eerste plaats wordt kritiek geleverd op de formele en conceptuele aard van de klassificatiebenadering.[282] De rechter beantwoordt de vraag naar publiekrechtelijke normering van private instellingen op een formele wijze door te toetsen of is voldaan aan concepten als 'public power' en 'public function'. Een nadeel hiervan is dat de rechter niet (meteen) toekomt aan de materiële aspecten die partijen verdeeld houdt. Dit kan worden vergeleken met de kritiek die in Nederland is geleverd op de rechtspraak waarin de bestuursrechter ter uitbreiding van zijn rechtsmacht de uiterste grenzen van het besluitbegrip heeft opgezocht. Te denken valt aan de 'publieke taak'-jurisprudentie en de rechtspraak inzake het zelfstandig schadebesluit. De kern van de kritiek is dat de rechter teveel aandacht moet besteden aan de vraag of een handeling kwalificeert als een appellabel besluit in de zin van artikel 1:3 Awb en onvoldoende kan toekomen aan het inhoudelijke geschil over de rechtmatigheid van de bestuurshandeling.[283]

Als nadeel van de focus op formalisme en conceptualisering wordt tevens genoemd dat het geen expliciet inzicht verschaft in de werkelijke redenen om private instellingen publiekrechtelijk te normeren. Quinot schrijft:

> 'The classification approach masks rather than illuminates the reasons why courts engage in the regulation of state commercial activity in the particular form in specific cases. Rather than engaging in the substantive reasons why regulation of a certain type is called for, courts using the classification approach simply apply off-the-shelf rules to the action under scrutiny based on formalistic and conceptual reasoning pertaining to the category of such action.'[284]

Een tweede punt van kritiek op de klassificatiebenadering is dat het er toe leidt dat ofwel publiekrechtelijke normen dan wel privaatrechtelijke normen van toepassing zijn. Er is sprake van een alles of niets benadering waarin een op maat gesneden normering niet mogelijk is en ook niet tot onwikkeling komt.[285] Van een dergelijke alles of niets benadering is naar Nederlands recht in beginsel geen sprake. Ook wanneer het handelen van de overheid niet als publiekrechtelijk kan worden aangemerkt, zijn daarop publiekrechtelijke normen van toepassing. Via artikel 3:1 lid 2 Awb en artikel 3:14 BW en op grond van de jurisprudentie van

282 Quinot 2009, p. 52-53, p. 124.

283 Zie hierover (met verdere literatuurverwijzingen) Huisman 2012, p. 591-592; Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 35 (voetnoot 11).

284 Quinot 2009, p. 129. Zie ook p. 124: 'The real reasons for subjecting state action to specific forms of regulation should rather be made explicit.' Dit leidt er volgens Quinot 2009, p. 126 ook toe dat de rol van de rechter wordt gemaskeerd. Tegelijkertijd wordt als positief aspect van de klassificatiebenadering in de rechtspraak beschouwd dat het criteria voortbrengt die behulpzaam kunnen zijn bij het zoeken naar een rechtvaardiging voor het toepassen van publiekrechtelijke normen. Te denken valt aan criteria als 'superior power' en 'authority'. Quinot 2009, p. 127.

285 Quinot 2009, p. 124-125.

de burgerlijke rechter[286] is namelijk ook het feitelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen steeds aan publiekrechtelijke normering onderhevig. Daarbij geldt wel dat de (formele) publiekrechtelijke normen in het privaatrecht een iets andere rol spelen dan in het bestuursrecht, waardoor een flexibeler toepassing mogelijk is.[287] Het voorgaande geldt alleen voor traditionele overheidsinstellingen (oftewel: a-organen in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb). Als het gaat om de normering van semipublieke instellingen, dan is hun handelen alleen aan publiekrechtelijke normen onderworpen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, voor zover dergelijke instellingen kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Dit geldt ook voor de werking van de artikelen 3:1 lid 2 Awb en 3:14 BW.[288] In zoverre heeft het al dan niet zijn van b-orgaan voor semipublieke instellingen wel degelijk alles of niets gevolgen. Kan het handelen van de instelling niet worden aangemerkt als de uitoefening van openbaar gezag, dan zijn publiekrechtelijke normen niet op dat handelen van toepassing.

Als belangrijkste punt van kritiek op de klassificatiebenadering wordt in de derde plaats gewezen op de onbepaalbaarheid ervan. Een criterium als 'public function' is zodanig vaag dat er elke inhoud aan kan worden gegeven, waardoor het geen geschikt criterium wordt geacht om te bepalen of publiekrechtelijke normen van toepassing zijn. In tegenstelling tot wat men wellicht zou kunnen verwachten van een formele conceptuele benadering, draagt het geenszins bij aan elementen als rechtszekerheid, consistentie en voorspelbaarheid.[289] Deze kritiek kan worden vergeleken met de kritiek die in de Nederlandse literatuur wordt geleverd op de 'publieke-taak'-jurisprudentie of 'Silicose-rechtspraak'.[290] Vanwege de *vaagheid* van de in die rechtspraak gehanteerde criteria is het niet goed mogelijk van te voren vast te stellen in hoeverre een private instelling aan die criteria voldoet. Dit leidt tot *rechtsonzekerheid*, niet alleen voor de betrokken semipublieke instelling, maar met name ook voor de burger. Daar komt bij dat de overheid door de privaatrechtelijke jas als zodanig *niet herkenbaar* is voor de burger. Voorts wordt de 'Silicose-rechtspraak' rechtspraak in strijd geacht met het *legaliteitsbeginsel*. Zij vindt immers toepassing in gevallen waarin een wettelijke grondslag voor het handelen ontbreekt.

---

286 HR 27 maart 1987, *AB* 1987, 273 (*Amsterdam/Ikon*); HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (*Zeeland/Hoondert*).

287 Zo wordt een schending van formele beginselen van behoorlijk bestuur niet altijd door de burgerlijke rechter gesanctioneerd. Zie HR 9 april 1999, *NJ* 2000, 219 (*Coevorden/Gasfabriek*). Daarnaast vallen de procedurele beginselen – zoals hoor- en motiveringsplichten – buiten het bereik van artikel 3:1 lid 2 Awb, omdat zij in privaatrechtelijke situaties op praktische problemen zouden kunnen stuiten. De toepassing van de materiële normen van de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb is genuanceerd en afhankelijk van de aard van de handeling. Treedt de overheid bijvoorbeeld op als 'een van de marktpartijen' dan lijkt een stringente toepassing van de materiële Awb-normen minder vanzelfsprekend. Met andere woorden: de toepassing van de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb is steeds afhankelijk van de vraag of toepassing tot ongerechtvaardigde of onpraktische uitkomsten zou kunnen leiden. Zie *PG Awb I*, p. 189 en p. 192.

288 Zie § 2.3.2.

289 Quinot 2009, p. 53 en p. 126, p. 128.

290 Zie daarover uitgebreid § 2.2.5.3.

Gelet op de hiervoor beschreven kritiek rijst de vraag of er ook alternatieven zijn geformuleerd voor de klassificatiebenadering. Een poging daartoe is ondernomen door Quinot in zijn eerder genoemde boek. Hij bepleit een zogenaamde 'continuum approach' waarin publiekrecht en privaatrecht zijn geïntegreerd en de klassificaties veel minder relevant worden. Dit heeft onder andere als voordeel dat het minder formalisme en conceptualisering met zich brengt. Opgemerkt zij nog dat hier een verband kan worden gelegd met de discussie die in de Nederlandse doctrine speelt over de de normering van overheidshandelen, de grens tussen publiek- en privaatrecht en de aandacht die daarbij uitgaat naar de verschillende rechtsleren.[291]

14.5 Conclusie

Inleiding
In dit hoofdstuk is ingegaan op de vraag naar publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen en de mogelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens handelingen van dergelijke instellingen in Zuid-Afrika. Ter beantwoording van deze vraag is in dit hoofdstuk in de eerste plaats ingegaan op de vraag in hoeverre de grondrechten (Bill of Rights) van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Ten tweede is nagegaan in hoeverre het handelen van semipublieke instellingen onderworpen is aan 'judicial review'. Ten slotte is aandacht besteed aan de zogenaamde 'classification approach'. Deze benadering gaat uit van de veronderstelling dat elk handelen kan worden gekwalificeerd als publiekrechtelijk dan wel als privaatrechtelijk, hetgeen bepalend is voor het al dan niet van toepassing zijn van publiekrechtelijke normen.

Grondrechten
Of semipublieke instellingen in Zuid-Afrika in *verticale* zin gebonden zijn aan de grondrechten is afhankelijk van hun kwalificatie als 'organ of state'. Het begrip organ of state is niet alleen bepalend voor de toepasselijkheid van de Bill of Rights, maar ook voor andere normen uit de Constitution. In hoeverre private instellingen kwalificeren als organ of state is afhankelijk van het criterium 'exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation' (section 239(b)(ii) Constitution). Evenals in Nederland, waar het criterium van openbaar gezag bepalend is voor de verticale werking van de grondrechten, is hier sprake van een *materieel* criterium. De aard van de handelingen is bepalend en niet de aard van de instelling. Deze materiële benadering houdt tevens in dat de grondrechten geen gelding hebben voor handelingen die geen openbaar gezag inhouden. In zoverre wordt in Nederland een vergelijkbaar systeem gehanteerd als in Zuid-Afrika: de grondrechten zijn niet op alle handelingen van private instellingen van toepassing in verticale zin, maar gelden alleen voor zover die handelingen publiekrechtelijk van aard zijn.

291 Zie daarover bijvoorbeeld hoofdstuk 18 van de dissertatie van Huisman 2012, p. 563-620, die zijn voorkeur uitspreekt voor de 'gemeenschappelijke rechtsleer'.

Ter bepaling van het begrip organ of state is in de eerste plaats relevant of de bevoegdheid of taak een wettelijke grondslag heeft ('in terms of any legislation'). Ook naar Nederlands recht is bij de afbakening van het bestuursorgaanbegrip bepalend of openbaar gezag voortvloeit uit de wet. Blijkens de Silicose-jurisprudentie is het ook mogelijk dat een private instelling over *buitenwettelijk* openbaar gezag beschikt. In die zin is het bestuursorgaanbegrip breder dan het begrip organ of state. Aan de andere kant is het bestuursorgaanbegrip smaller, omdat een op de wet gebaseerde publieke taak op zichzelf nog geen openbaar gezag oplevert. Bepalend is of de instelling publiekrechtelijke bevoegdheden heeft.

Het tweede element dat de reikwijdte van het organ of state begrip bepaalt, is of sprake is van de uitoefening van een bevoegdheid of taak die 'publiek' van aard is. Daarbij spelen verschillende gezichtspunten een rol, waarvan sommige vergelijkbaar zijn met de Silicose-criteria. Duidelijk is geworden dat het concept 'public function' weliswaar een materieel concept is, maar dat het onder andere wordt ingevuld door formele (of: institutionele) criteria. Dit betekent dat de materiële benadering sterk moet worden gerelativeerd. Vanwege de vaagheid van het begrip public function is het voor de rechter nauwelijks mogelijk hiervan een materiële definitie te geven. Derhalve valt de rechter terug op formele (of: institutionele) factoren. In wezen geldt ook voor de Silicose-jurisprudentie dat niet zozeer de aard van de handeling relevant is, maar andere factoren, waaronder financiering en controle. De Zuid-Afrikaanse rechtspraak hanteert voorts een aantal gezichtspunten die bij de vaststelling van openbaar gezag geen rol spelen, zoals: de control-test en de factor of al dan niet wordt gehandeld in het algemeen belang. Elementen van de control-test zijn daarentegen wel terug te vinden in de Silicose-rechtspraak en de rechtspraak van de burgerlijke rechter inzake de toepassing van de grondrechten op semipublieke instellingen die *geen* bestuursorgaan zijn (Nederlands Congresgebouw N.V.).

Onder bepaalde omstandigheden kunnen semipublieke instellingen die niet kunnen worden aangemerkt als 'organ of state' toch direct gebonden zijn aan de Bill of Rights. De Zuid-Afrikaanse Contsitutie geeft in section 8(2) een expliciete grondslag voor *directe horizontale werking* van de Bill of Rights. De Nederlandse Grondwet kent een dergelijke grondslag niet. Directe horizontale werking is vooralsnog één keer aangenomen door het Zuid-Afrikaanse Constitutional Court. Daardoor is het nauwelijks mogelijk zinvolle uitspraken te doen over de vraag wanneer de rechter directe horizontale werking aanneemt. Ook in Nederland komt directe horizontale werking nauwelijks voor. Niet alle bepalingen van de Bill of Rights komen voor directe horizontale werking in aanmerking. Blijkens de jurisprudentie speelt daarbij in ieder geval 'the intensity of the constitutional right in question' een belangrijke rol. Ook naar Nederlands recht zijn niet alle grondrechten in horizontale zin van toepassing. Zo is het moeilijk denkbaar dat de sociale grondrechten van toepassing zijn op particulieren. Dit is vergelijkbaar met de Zuid-Afrikaanse bepalingen die positieve verplichtingen bevatten of het maken van regelgeving of het maken van andere maatregelen vereisen, en die niet van toepassing zijn in horizontale verhoudingen.

In de Zuid-Afrikaanse praktijk voert *indirecte werking* van grondrechten de boventoon. De reden daarvoor is dat de rechter vanwege het beginsel van

'avoidence' steeds eerst indirecte toepassing van de Bill of Rights dient te overwegen. Indirecte toepassing houdt in dat de rechter de bestaande rechtsregels (wettelijke regels of common law) interpreteert dan wel ontwikkelt conform de Bill of Rights (s 39(2) Constitution). Over de indirecte werking van de Bill of Rights bestaat nog veel onduidelijkheid en het leerstuk is in Zuid-Afrika nog volop in ontwikkeling. Ook in Nederland is indirecte horizontale werking de praktijk. Dit is echter niet vergelijkbaar met indirecte werking naar Zuid-Afrikaans recht. In Nederland ziet indirecte horizontale werking namelijk op de situatie waarbij de inhoud van de open normen van het BW beïnvloed wordt door de grondrechten. Dat neemt niet weg dat in Zuid-Afrika indirecte horizontale werking kan worden gerealiseerd door de inhoud van de open normen van common law grondrechtelijk te kleuren. Te denken valt aan open normen als 'public policy', 'contra bonos mores' en unlawfulness. Deze manier van indirecte werking komt het dichtst in de buurt van de wijze waarop indirecte horizontale werking naar Nederlands recht vorm heeft gekregen.

Judicial review

De judicial review procedure is een bijzondere bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure ter beslechting van publiekrechtelijke geschillen waarbij de rechter een beslissing van de overheid op haar juridische aspecten beoordeelt. Wanneer deze procedure toepassing vindt dan kan het handelen van de betrokken semipublieke instelling door de rechter worden getoetst aan normen die tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn met de Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Met andere woorden: de inhoud van het toepasselijke recht is afhankelijk van de toegang tot de judicial review procedure ('jurisdiction determines substance'). In Nederland wordt de vraag naar de toepasselijke rechtsnormen in beginsel onderscheiden van de vraag naar de bevoegdheid van de bestuursrechter. Dit komt tot uitdrukking in het onderscheid dat wordt gemaakt tussen het bestuursorgaanbegrip (art. 1:1 Awb), dat bepalend is voor de toepasselijke rechtsnormen, en het besluitbegrip (art. 1:3 Awb), dat de competentie van de bestuursrechter afbakent. Echter, voor semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb gaat dit niet helemaal op. Een b-orgaan is alleen onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor zover zij openbaar gezag uitoefent, dat wil zeggen: handelingen verricht (besluiten neemt in de zin van art. 1:3 Awb) die appellabel zijn bij de bestuurrechter.[292] Met andere woorden: voor b-organen loopt de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter in wezen parallel aan de vraag naar het toepasselijke recht. Dit betekent dat het verschil met het Zuid-Afrikaanse recht op dit punt minder groot is dan het aanvankelijk lijkt.

292 In werkelijkheid ligt dit iets genuanceerder. De uitoefening van openbaar gezag levert niet altijd een Awb-besluit op, aangezien ook de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen openbaar gezag inhoudt. Het besluitbegrip is beperkt tot publiekrechtelijke *rechtshandelingen*. In de jurisprudentie over openbaar gezag gaat het meestal alleen om de vraag naar publiekrechtelijk rechtshandelen, omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter daarvan afhangt.

Verschillende wegen kunnen leiden tot judicial review. Of het handelen van semipublieke instellingen daarvoor in aanmerking komt, wordt uiteindelijk – gelet op het legality beginsel, op grond waarvan de uitoefening van 'all public power' reviewable is – in de kern bepaald door het criterium of een 'public power' dan wel een 'public function' wordt uitgeoefend. Dit criterium heeft twee functies. Het criterium dient in de eerste plaats ter afbakening van de judicial reviewprocedure die, ten opzichte van een action procedure, zijn eigen bijzondere kenmerken heeft. Ten tweede beoogt het criterium de toepasselijke rechtsnormen af te bakenen. Dit is vergelijkbaar met het Nederlandse b-orgaanbegrip en het criterium van openbaar gezag (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb) dat met betrekking tot semipublieke instellingen zowel de toegang tot de bestuursrechter afbakent als bepalend is voor de reikwijdte van de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Als gezegd wordt de reikwijdte van de judicial review procedure afgebakend door het criterium 'public power' en 'public function'. Dit is, evenals het criterium van openbaar gezag in Nederland, een *materieel* criterium. De aard van de handelingen is bepalend en niet de aard van de instelling. Deze materiële aanpak houdt tevens in dat handelingen die niet de uitoefening van een public power of public function betreffen, niet betrokken kunnen worden in een judicial review procedure en ook niet publiekrechtelijk genormeerd zijn. In zoverre wordt in Zuid-Afrika een vergelijkbaar systeem gehanteerd als in Nederland: bestuursrechtelijke normen zijn niet op alle handelingen van private instellingen van toepassing, maar gelden alleen *voor zover* die handelingen publiekrechtelijk van aard zijn (voor zover-benadering).

Om te kunnen bepalen of een semipublieke instelling al dan niet een public power of public function verricht, maakt de Zuid-Afrikaanse rechter gebruik van verschillende gezichtspunten of 'testen'. De relevantie van die gezichtspunten kan verschillen. Soms zijn het alternatieve factoren, terwijl in andere zaken een combinatie van factoren is vereist. Het gaat hier om zowel materiële factoren (bijvoorbeeld: 'public interest') als, met name, formele (of: institutionele) factoren (bijvoorbeeld: 'overheidscontrole'). Dit maakt duidelijk dat hoewel het concept 'public function' op het eerste gezicht een materieel concept is, het mede wordt ingevuld door formele (of: institutionele) criteria. Dit betekent dat de materiële benadering aanmerkelijk kan worden gerelativeerd. Het lijkt erop dat de rechter, vanwege de vaagheid van het begrip public function, nauwelijks in staat is daaraan een materiële invulling te geven. Derhalve valt de rechter terug op formele (of: organisatorische) factoren. In Nederland is dit ook terug te zien in de Silicoserechtspraak, waarin niet zozeer de aard van de handeling relevant is, maar andere factoren, waaronder financiering en controle.

Een aantal van de gezichtspunten die van betekenis zijn in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak is ook bepalend in de rechtspraak over het bestuursorgaanbegrip, maar sommige ook niet. Hieruit volgt de belangrijke conclusie dat de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure en de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen met betrekking tot semipublieke instellingen in Zuid-Afrika *ruimer* is dan in Nederland. Zo wordt in Zuid-Afrika bijvoorbeeld als relevant gezichtspunt onderkend dat de overheid alle aandelen van een private

instelling houdt. In Nederland is dat geen bepalend criterium voor openbaar gezag. Een instelling als ABN AMRO is niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanwege het enkele feit dat het een overheidsbedrijf is.

Een mogelijke verklaring voor de ruimere benadering in Zuid-Afrika lijkt gelegen te zijn in het tijdens het apartheidsregime ontwikkelde primaat van de judicial reviewprocedure. Tegen die achtergrond heeft de rechter de reikwijdte van de judicial reviewprocedure uitgebreid, met name ook naar semipublieke instellingen. De engere benadering in Nederland kan mogelijk worden verklaard tegen de achtergrond van het criterium van openbaar gezag dat afkomstig is uit de voorgangers van de Awb: de Wet BAB en de Wet AROB. Het criterium van openbaar gezag functioneerde daar primair ter afbakening van de toegang tot de bestuursrechter en het valt gelet op die functie ook goed te begrijpen waarom de Awb-wetgever in de Awb aansluiting heeft gezocht bij dat criterium ter afbakening van het b-orgaanbegrip. Juist wanneer openbaar gezag wordt uitgeoefend, als dus de rechtspositie van andere rechtssubjecten wordt bepaald, is rechtsbescherming door de bestuursrechter aangewezen. Dit verklaart evenwel niet waarom ook voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aangeknoopt wordt bij het criterium van openbaar gezag. Naar een antwoord op deze vraag kan men gissen. De Awb-wetgever heeft namelijk niet inzichtelijk gemaakt waarom de toepasselijkheid van de materiële Awb-normen en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur is beperkt tot instellingen die openbaar gezag uitoefenen.

Ten slotte is naar Zuid-Afrikaans recht judicial review mogelijk van *private powers*. Dit kan worden vergeleken met de Nederlandse rechtspraak over wettelijke aansluitverplichtingen. Voorts kan een verband worden gelegd met de Nederlandse rechtspraak van de burgerlijke rechter, die in toenemende mate is gaan differentiëren naar de hoedanigheid van partijen, waardoor de wederpartij van een machtige (rechts)persoon, bijvoorbeeld een monopolist, steeds meer wordt beschermd. De open normen van het privaatrecht bieden de ruimte om rekening te houden met de machtspositie van een private instelling, die daardoor aan bijzondere eisen van zorgvuldigheid kan worden gebonden vergelijkbaar met de beginselen uit het publiekrecht. Een opvallend verschil met Zuid-Afrika is dat een dergelijke machtspositie naar Nederlands recht er niet toe kan leiden dat de bestuursrechter bevoegd is of dat bestuursrechtelijke normen van toepassing zijn (tenzij het gaat om wettelijke aansluitverplichtingen).

De klassificatiebenadering

De 'klassificatiebenadering' gaat uit van de veronderstelling dat elk handelen kan worden gekwalificeerd als publiekrechtelijk dan wel als privaatrechtelijk, hetgeen bepalend is voor het al dan niet van toepassing zijn van publiekrechtelijke normen. In Zuid-Afrika staat de klassificatiebenadering onder druk.

Er wordt in de literatuur kritiek geleverd op de formele en conceptuele aard van de klassificatiebenadering. De rechter beantwoordt de vraag naar publiekrechtelijke normering van private instellingen op een formele wijze door te toetsen of is voldaan aan concepten als 'public power' en 'public function'. Een nadeel hiervan is dat de rechter niet (meteen) toekomt aan de materiële aspecten die partijen

verdeeld houdt. Als nadeel van de focus op formalisme en conceptualisering wordt tevens genoemd dat het geen expliciet inzicht verschaft in de werkelijke redenen om private instellingen publiekrechtelijk te normeren.

Een ander punt van kritiek is dat het er toe leidt dat ofwel publiekrechtelijke normen dan wel privaatrechtelijke normen van toepassing zijn. Er is sprake van een alles of niets benadering waarin een op maat gesneden normering niet mogelijk is en ook niet tot onwikkeling komt.

Als belangrijkste punt van kritiek op de klassificatiebenadering wordt in de derde plaats gewezen op de onbepaalbaarheid ervan. Een criterium als 'public function' is zodanig vaag dat er elke inhoud aan kan worden gegeven, waardoor het geen geschikt criterium wordt geacht om te bepalen of publiekrechtelijke normen van toepassing zijn. In tegenstelling tot wat men wellicht zou kunnen verwachten van een formele conceptuele benadering, draagt het geenszins bij aan elementen als rechtszekerheid, consistentie en voorspelbaarheid. Deze kritiek kan worden vergeleken met de kritiek die in de Nederlandse literatuur wordt geleverd op de 'publieke-taak'-jurisprudentie of 'Silicose-rechtspraak'.

Hoofdstuk 15 Slotbeschouwing

15.1 Inleiding

In dit onderzoek staat de vraag centraal wat de juridische positie is van semipublieke instellingen in het Nederlandse rechtssysteem. Met de beantwoording van deze vraag wordt beoogd een bijdrage te leveren aan het zoveel mogelijk wegnemen van onduidelijkheden en onzekerheden die daaromtrent bestaan.

De beantwoording van de vraag naar de juridische positie van semipublieke instellingen is onder andere afhankelijk van de manier waarop het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wordt benaderd. Semipublieke instellingen bevinden zich immers op het grensvlak van publiek- en privaatrecht, hetgeen verschillende vragen doet rijzen omtrent het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht.

In het Nederlandse recht wordt onderscheid gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is dat in het Nederlandse bestuursrecht de bijzondere positie van de overheid als vertrekpunt wordt genomen. Die positie is anders dan die van andere rechtssubjecten. De bijzondere positie van de overheid is er enerzijds in gelegen dat de overheid altijd het publieke belang behartigt. Anderzijds wordt de bijzondere positie van de overheid gekenmerkt door het feit dat zij beschikt over een machtspositie. Voorts wordt in Nederland een categorische onderscheiding gemaakt tussen publiekrechtelijke normen en privaatrechtelijke normen. Hier manifesteert zich ook het verband met de unieke positie die de overheid in de samenleving inneemt. Zo brengt deze positie met zich dat de overheid aan andere (publiekrechtelijke) normen is onderworpen dan particulieren. Publiekrechtelijke normen zijn *in ieder geval* van toepassing op de overheid, die daaraan ook behoort te voldoen. Ten slotte is het handelen van de overheid in Nederland, onder omstandigheden, vatbaar voor beroep bij een aparte bestuursrechter. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is in Nederland dus ook van belang in het kader van de toepasselijke rechtsbeschermingsprocedures.

In het Nederlandse recht is dus een aantal ijkpunten aan te wijzen met het oog waarop een (zinvol) onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht kan worden gemaakt.[1] Deze ijkpunten dienen als inspiratiebron en aanknopingspunt voor de wijze waarop de analyse van de juridische positie van semipublieke instellingen in dit onderzoek heeft plaatsgevonden. Semipublieke instellingen bevinden zich als gezegd immers op het grensvlak van publiek- en privaatrecht. Dit doet verschillende vragen rijzen omtrent het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht.

1 Vergelijk ook het door Allison geformuleerde toetsingskader waarmee aan de hand van verschillende ijkpunten kan worden beoordeeld of een rechtsstelsel een (voldoende) werkbaar onderscheid tussen publiek- en privaatrecht heeft. Allison 2000, p. 34-39. Zie hierover § 1.3.2.

Zo dringt zich de vraag op in hoeverre semipublieke instellingen al dan niet tot de overheid kunnen worden gerekend, in hoeverre zij onderworpen zijn aan publiekrechtelijke normen en in hoeverre hun handelen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Ter beantwoording van de centrale vraag hoe semipublieke instellingen juridisch zijn gepositioneerd, is in dit onderzoek primair ingegaan op de *publiekrechtelijke normering* van semipublieke instellingen. Het gaat hier om de vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen van toepassing kunnen zijn.

Vanwege hun privaatrechtelijke karakter is het niet vanzelfsprekend dat publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen van toepassing zijn. Publiekrechtelijke normen zijn normen die primair zijn ontwikkeld om het handelen van de overheid te normeren. Dit houdt verband met de eerder genoemde bijzondere positie die de overheid heeft in het recht. Die positie is anders dan die van andere rechtssubjecten. De bijzondere positie die de overheid inneemt, brengt met zich dat de overheid mede aan andere normering is onderworpen dan particulieren. Publiekrechtelijke normen zijn *in ieder geval* van toepassing op de overheid, die daaraan ook behoort te voldoen.

Tegen de achtergrond van voornoemd uitgangspunt – de bijzondere positie van de overheid – is het zinvol na te gaan wat de reikwijdte is van het overheidsbegrip met het oog op het toepasselijke recht. In het licht van het onderhavige onderzoek dringt zich in het bijzonder de vraag op in hoeverre semipublieke instellingen als *overheids*instellingen kunnen worden aangemerkt. Ter beantwoording van die vraag is in dit onderzoek geanalyseerd hoe naar positief recht in wetgeving en jurisprudentie, met het oog op het toepasselijke recht, onderscheid wordt gemaakt tussen overheid enerzijds en particuliere instellingen anderzijds. Het gaat hier om wetgeving die specifieke overheidsactiviteiten reguleert waarvan de toepassing is beperkt tot de overheid, of die juist niet van toepassing is op de overheid. Aan de orde zijn gekomen de Algemene wet bestuursrecht (hoofdstuk 2), de Wet Nationale ombudsman (hoofdstuk 3), de Archiefwet 1995 (hoofdstuk 4), de Wet openbaarheid van bestuur (hoofdstuk 5), de Algemene wet gelijke behandeling (hoofdstuk 6), de Ambtenarenwet (hoofdstuk 7), de Auteurswet (hoofdstuk 8) en de Comptabiliteitswet 2001 (hoofdstuk 9). Daarnaast is nagegaan hoe het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt met het oog op de toepasselijkheid van de grondrechten (hoofdstuk 10) en regels van Europeesrechtelijke origine, zoals het aanbestedingsrecht (hoofdstuk 11), het mededingingsrecht (hoofdstuk 12) en rechtstreekswerkende richtlijnen (hoofdstuk 13).

Bij de analyse van de gebruikte overheidsbegrippen is steeds aandacht besteed aan een aantal terugkerende vragen. Telkens is nagegaan aan de hand van welk criterium het betrokken overheidsbegrip wordt afgebakend en aan de hand van welke gezichtspunten dat criterium wordt geconcretiseerd. Hiermee is beoogd een typologisch inzicht te geven in de criteria die het overheidsbegrip omlijnen om zodoende een bijdrage te kunnen leveren aan het formuleren van een meer eenduidig overheidsbegrip. Zijn de criteria en gezichtspunten vooral als *materieel* te karakteriseren of juist meer *formeel* (waarbij dat laatste ook wel wordt aangeduid

als institutioneel dan wel organisatorisch)? Met andere woorden: wordt doorslaggevende betekenis toegekend aan de inhoud van de handelingen die de semipublieke instelling verricht respectievelijk kan verrichten (materieel kenmerk), of wordt vooral gekeken naar de (interne) organisatorische structuur of de invloed die entiteiten buiten de instelling hierop kunnen uitoefenen (formeel kenmerk)? Het onderscheid tussen beide benaderingen is relevant, omdat de vraag rijst naar de *verhouding* tussen beide benaderingen. Kan worden volstaan met één van beide benaderingen of dient steeds sprake te zijn van een combinatie van beide? Tevens is steeds bezien waarom voor het betrokken criterium is gekozen en in hoeverre bij die keuze (expliciet) rekening is gehouden met het oogmerk van het criterium en de juridische omgeving waarin het criterium functioneert.

Voorts is ingegaan op de (vervolg)vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen van toepassing kunnen zijn op semipublieke instellingen die *niet* tot de overheid kunnen worden gerekend. In het bijzonder is ingegaan op de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op semipublieke instellingen die niet als bestuursorgaan in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt (§ 2.3). Daarnaast is de horizontale werking van grondrechten aan de orde gekomen (§ 10.2.3 en § 10.3.3). Daarbij is onderzocht in hoeverre de grondrechten in horizontale zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Ook hier is nagegaan aan de hand van welk criterium het toepasselijke recht wordt afgebakend en aan de hand van welke gezichtspunten dat criterium wordt geconcretiseerd.

Zoals gezegd richt dit onderzoek zich primair op de normering van semipublieke instellingen en de vraag in hoeverre zij in dat verband als overheid kunnen worden aangemerkt. Het onderscheid tussen overheid en particuliere instellingen wordt niet alleen gemaakt met het oog op de afbakening van de toepasselijke normen. Een andere reden waarom het onderscheid wordt gemaakt, houdt verband met de *bestuursrechtelijke rechtsbescherming*. Het gaat hier meer in het bijzonder om de vraag naar de bevoegde rechter: in hoeverre is de bestuursrechter bevoegd het handelen van semipublieke instellingen te beoordelen?

In een onderzoek dat primair is gericht op de normering van semipublieke instellingen, ontkomt men er niet aan om ook aandacht te besteden aan de vraag naar de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.[2] Met name ten aanzien van semipublieke instellingen kan de vraag naar normering niet los worden gezien van de rechtsbeschermingsvraag. Zo hebben we gezien dat in Nederland de vraag naar de bevoegdheid van de bestuursrechter, evenals de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, afhankelijk is van het antwoord op de vraag in hoeverre een semipublieke instelling als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb kan worden aangemerkt. Ook in het Zuid-Afrikaanse recht, waarmee het Nederlandse recht in dit onderzoek is vergeleken, kan de vraag

2 Vergelijk ook het in de inleiding van dit onderzoek genoemde model van Allison, die bijzondere rechtsbescherming ten aanzien van overheidshandelen als één van de ijkpunten noemt om te beoordelen of een rechtsstelsel een voldoende werkbaar onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht heeft. Zie § 1.3.2.

naar publiekrechtelijke normering niet worden losgezien van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Zoals duidelijk werd, kan volgens Zuid-Afrikaans recht het handelen van een semipublieke instelling pas aan publiekrechtelijke normen worden getoetst, wanneer dat handelen voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming vatbaar is.

Er is derhalve sprake van een zekere verknooptheid tussen de vraag naar het toepasselijke recht enerzijds en de vraag naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming anderzijds, die zich in het bijzonder manifesteert met betrekking tot semipublieke instellingen. Daarom is in dit onderzoek, zij het meer secundair, ook aandacht besteed aan de vraag naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Deze vraag is aan de orde gekomen in hoofdstuk 2.

In hoofdstuk 14 van dit onderzoek is de juridische positie van semipublieke instellingen in Nederland onderworpen aan een rechtsvergelijking met Zuid-Afrika. Daarbij is zowel ingegaan op de vraag naar het toepasselijke recht als de vraag naar de toegang tot de rechter.

Het onderhavige hoofdstuk bevat een afsluitende reflectie op de inzichten die het onderzoek naar de juridische positie van semipublieke instellingen heeft opgeleverd. Aan de hand van de analyse die in de voorgaande hoofdstukken heeft plaatsgevonden, worden enkele overkoepelende bevindingen geformuleerd. Tegen de achtergrond daarvan worden vervolgens enkele aanbevelingen gedaan aan zowel de wetgever als de rechter die met name betrekking hebben op de normering van semipublieke instellingen. Het onderzoek is immers primair gericht op het toepasselijke recht. Dat neemt niet weg dat in dit hoofdstuk ook (meer secundair) wordt ingegaan op de rechtsbescherming. Zo wordt onder andere de Silicose-jurisprudentie beoordeeld, welke jurisprudentie primair ziet op de afbakening van de bevoegdheid van de bestuursrechter. Ten slotte worden enige suggesties gedaan voor vervolgonderzoek, waarbij op het onderhavige onderzoek kan worden voortgebouwd.

15.2 Bevindingen

15.2.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is geanalyseerd in hoeverre semipublieke instellingen publiekrechtelijk worden genormeerd en in hoeverre hun handelen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In deze paragraaf worden de bevindingen van die hoofdstukken niet herhaald. Daarvoor zij verwezen naar de conclusies van de betreffende hoofdstukken. In plaats daarvan worden in deze paragraaf op basis van de analyse die in de voorgaande hoofdstukken heeft plaatsgevonden enkele overkoepelende bevindingen geformuleerd.

15.2.2 *Het begrip overheid: een multifunctioneel en contextafhankelijk begrip*

In dit onderzoek is met betrekking tot semipublieke instellingen nagegaan hoe het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt met het oog op zowel de toepasselijke rechtsnormen als de toegang tot de rechter. Het onderhavige onderzoek laat derhalve treffend zien dat het onderscheid tussen overheid en niet-overheid met verschillende oogmerken kan worden gemaakt. In die zin is het onderscheid dan ook als *multifunctioneel* te karakteriseren.[3] Daarnaast is het onderscheid tussen overheid en niet-overheid ook binnen de vraag naar het toepasselijke recht multifunctioneel van aard. Zo dient het begrip overheid ter afbakening van bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de WNo, de Wob, de Archiefwet 1995, de grondrechten en regels van Europeesrechtelijke origine zoals de Europese aanbestedingsregels en het mededingingsrecht etcetera.

Gebleken is dat afhankelijk van het oogmerk (of: functie) waarmee het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt, ook verschillende criteria worden gehanteerd. Dit brengt met zich dat er geen enkelvoudig en universeel criterium is aan de hand waarvan het begrip overheid kan worden afgebakend. In de ene situatie wordt een semipublieke instelling als overheid aangemerkt, en in de andere situatie als particulier; de criteria verschillen afhankelijk van het oogmerk waarvoor de criteria worden gebruikt en dat vormt tevens de reden waarom de uitkomsten per geval verschillen. Zo verschilt de invulling van de overheidsbegrippen op EU-niveau van de invulling van de nationaalrechtelijke overheidsbegrippen. Dit kan worden verklaard doordat het EU-recht een andere doelstelling heeft dan het nationale recht. Het EU-recht is, anders dan het nationale recht, gericht op de effectuering van het EU-recht in het nationale recht wat om eigen speciaal daarop toegesneden overheidsbegrippen vraagt, onafhankelijk van de manier waarop de grenzen van de overheid naar nationaal recht worden getrokken.

Niet alleen in de Nederlandse rechtsorde (inclusief het Europese recht), maar ook in het Zuid-Afrikaanse recht zien we terug dat afhankelijk van het oogmerk waarmee het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt verschillende criteria worden gehanteerd. Zo zijn de criteria aan de hand waarvan wordt bepaald in hoeverre het handelen van een semipublieke instelling, die niet kan worden aangemerkt als 'organ of state', vatbaar is voor judicial review, niet geheel gelijk aan de criteria ter afbakening van de verticale toepasselijkheid van de Bill of Rights, hoewel de criteria sterke gelijkenissen vertonen. De categorie van private instellingen die onderworpen zijn aan judicial review, is ruimer dan de categorie private instellingen waarop de Bill of Rights verticaal van toepassing

3 Vergelijk Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 108-110; Jurgens & Van Ommeren 2012, p. 172-199, die de multifunctionele benadering hanteren voor de analyse van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen. Zie ook Van Ommeren & Huisman 2013, p. 69-70. Het onderhavige onderzoek laat zien dat het multifunctionele karakter van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zich tevens *in het bijzonder* manifesteert met betrekking tot semipublieke instellingen en de reikwijdte van het overheidsbegrip.

is.[4] Ook hier kunnen de verschillen worden verklaard vanuit de verschillende oogmerken waarvoor de criteria worden gehanteerd.

De vaststelling van de reikwijdte en de invulling van het overheidsbegrip is mede afhankelijk van de context. Dit betekent dat het onderscheid tussen overheid en niet-overheid tevens *contextafhankelijk* van aard is.[5] De context wordt in de eerste plaats bepaald door de *aard* van de *juridische omgeving*. Zo gelden voor het Europese aanbestedingsrecht andere criteria dan voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast lijken criteria soms op elkaar, te denken valt aan het criterium van overwegende overheidsinvloed, dat onder andere wordt gebruikt in de context van het ambtenarenrecht en het Europese aanbestedingsrecht. Gebleken is evenwel dat het criterium 'overwegende overheidsinvloed', afhankelijk van de juridische context, uiteenlopende invullingen en betekenissen heeft. In de tweede plaats wordt de context mede bepaald door de context van de verschillende *landen*, in dit onderzoek Nederland en Zuid-Afrika.[6] Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat de criteria die in beide landen worden gebruikt ter afbakening van de toegang tot de rechter en het toepasselijke recht een uiteenlopende inhoud hebben. Het springt in het oog dat de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure en de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen met betrekking tot semipublieke instellingen in Zuid-Afrika *ruimer* is dan in Nederland.

Een belangrijk gevolg van het multifunctionele contextgevoelige karakter van het overheidsbegrip is dat met name geen eenduidig antwoord gegeven kan worden op de vraag in hoeverre semipublieke instellingen publiekrechtelijk worden genormeerd. Het antwoord op die vraag is namelijk afhankelijk van de juridische omgeving waarin de betrokken normen fungeren. Daardoor zijn sommige publiekrechtelijke normen wel van toepassing op semipublieke instellingen, maar andere normen juist weer niet. Dit blijkt ook uit de casestudies die in dit onderzoek zijn gemaakt van enerzijds de woningcorporaties (toegelaten instellingen) en anderzijds ProRail. Zo is ProRail niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar wel aan de Europese aanbestedingsregels.

Uit de analyse van de verschillende overheidsbegrippen blijkt overigens dat niet altijd even duidelijk is *waarom* het door de wetgever of rechter gekozen criterium het juiste criterium is in het licht van het oogmerk van het begrip en de context waarin het begrip functioneert. Het is opmerkelijk dat de Europese rechters, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie, zich bij de keuze voor het juiste criterium (of de interpretatie daarvan) doorgaans wel expliciet rekenschap geven van de functie en de juridische context.

---

4 Zie § 14.3.5.3.

5 Vergelijk Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 108-110; Jurgens & Van Ommeren 2012, p. 172-199, die de contextuele benadering hanteren voor de analyse van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen. Zie ook Van Ommeren & Huisman 2013, p. 69-70. Het onderhavige onderzoek laat zien dat het contextafhankelijke karakter van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht tevens *in het bijzonder* tot uitdrukking komt met betrekking tot semipublieke instellingen en de reikwijdte van het overheidsbegrip.

6 Vergelijk ook Craig 1997a, p. 214-216.

15.2.3 *Materiële en formele criteria*

De criteria aan de hand waarvan de verschillende overheidsbegrippen in onze rechtsorde worden gedefinieerd, kunnen worden onderscheiden in twee typen, namelijk: materiële en formele criteria. *Materiële* criteria hebben betrekking op de inhoud van de handelingen die de betrokken semipublieke instelling verricht, ongeacht de interne organisatiestructuur of de invloed die entiteiten buiten de instelling hierop kunnen uitoefenen. *Formele* (of: institutionele of organisatorische) criteria zien uitsluitend op de vraag wie handelt; het heeft betrekking op de organisatie (inclusief de invloed van buitenstaanders vooraf en achteraf, en de financiering).[7] Het onderscheid tussen deze twee typen criteria is relevant, omdat de vraag rijst naar de *verhouding* tussen beide typen. Kan worden volstaan met één van beide soorten criteria of dient steeds sprake te zijn van een combinatie van beide? Deze vraag is voorwerp van discussie in de literatuur.[8] In het onderhavige onderzoek is gebleken dat doorgaans een combinatie van materiële en formele criteria en gezichtspunten wordt gehanteerd.

Met het oog op de rechtszekerheid zou het aantrekkelijk zijn over een formeel overheidsbegrip te beschikken. Voor een daadwerkelijk effectief overheidsbegrip lijkt het echter onvermijdelijk dat het formele criterium wordt *aangevuld* met een materieel criterium.[9] Steeds zal sprake moeten zijn van een combinatie van materiële en formele criteria. Niet kan worden volstaan met alleen een materieel dan wel alleen een formeel criterium. Dat heeft namelijk het ongewenste gevolg dat allerlei instellingen buiten de definitie van het overheidsbegrip worden gehouden die wel tot de overheid behoren. Dit kan goed worden geïllustreerd aan de hand van het bestuursorgaanbegrip uit de Awb. Het bestuursorgaanbegrip bestaat uit zowel een formeel criterium ('een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld') als een materieel criterium ('een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed'). Een beperking tot een van beide criteria is niet toereikend. Bij een materiële benadering zouden instellingen die organisatorisch met de overheid verbonden zijn, maar die geen openbaar gezag uitoefenen, geen bestuursorgaan zijn en zou de Awb toepassing missen. Een uitsluitend formele benadering sluit de instellingen uit die wel over openbaar gezag beschikken, maar die niet formeel tot het openbaar bestuur behoren.[10] In dit licht valt ook goed te begrijpen dat de verschillende overheidsbegrippen die in onze rechtsorde voorkomen, zoals gezegd, doorgaans worden afgebakend aan de hand van een combinatie van materiële en formele criteria en gezichtspunten. Dit

7 Zie voor dit onderscheid Zijlstra 2008, p. 43.

8 Zie Van Ommeren & Huisman 2013, p. 55-57. Vergelijk ook de oratie van Schutgens 2012. Zie voorts de Engelse literatuur, waaronder Cane 2004, p. 1-7; Craig 1997, p. 25-41; Craig 1997a, p. 196-216; Black 1998, p. 157; Black 1996, p. 24-55.

9 Vergelijk Craig 1997, p. 26: 'It should not, however, be thought that the institutional approach is the only method through which to investigate the question at hand [the meaning of public power]. Such analyses must be complemented by those of a more *functional* nature.' In dezelfde zin Craig 1997a, p. 197. Vergelijk voorts Van Ommeren & Huisman 2013, p. 55-57; Schutgens 2012.

10 Zie hierover ook § 2.2.1.

is overigens ook terug te zien in bijvoorbeeld de Zuid-Afrikaanse definitie van het 'organ of state' begrip (section 239 Constitution).[11]

Opmerkelijk is dat verschillende malen is gebleken dat daar waar ogenschijnlijk wordt uitgegaan van een materieel criterium, toch ook formele factoren een rol spelen. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking bij het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Het b-orgaanbegrip, dat uitgaat van het materiële criterium 'openbaar gezag', wordt soms ook bepaald door formele, organisatorische omstandigheden. Te denken valt aan 'overwegende overheidsinvloed', dat overigens vooralsnog alleen in het kader van ambtenaarrechtelijke verhoudingen een rol speelt bij de invulling van het b-orgaanbegrip.[12] Voorts kan worden gewezen op de Silicose-jurisprudentie, ook wel publieke taakjurisprudentie genoemd. Bepalend in deze jurisprudentie is niet zozeer het materiële publieke taak criterium, maar formele organisatorische elementen zoals de financiële en inhoudelijke relatie met de overheid. Ook in het Zuid-Afrikaanse recht wordt op het eerste oog primair uitgegaan van een materiële benadering; een handeling van een semipublieke instelling is vatbaar voor judicial review dan wel onderworpen aan de Bill of Rights als het gaat om de uitoefening van een 'public function'. Gebleken is evenwel dat dit materiële criterium mede wordt ingevuld door formele, institutionele gezichtspunten. Dit betekent dat ook hier de materiële benadering sterk kan worden gerelativeerd. Het lijkt er op dat de rechter, zowel in Nederland als in Zuid-Afrika, vanwege de vaagheid van het concept publieke taak of 'public function', nauwelijks in staat is daaraan een materiële invulling te geven en genoodzaakt is terug te vallen op formele, institutionele factoren.

15.2.4 Schematische samenvatting

In de onderstaande tabel is schematisch samengevat in hoeverre semipublieke instellingen publiekrechtelijk worden genormeerd en in hoeverre hun handelen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De tabel beoogt tevens de multifunctionele en contextgevoelige aard van het overheidsbegrip schematisch inzichtelijk te maken, evenals het materiële dan wel formele karakter van de gehanteerde afbakeningscriteria en gezichtspunten.

Inherent aan een schematisch overzicht is dat van bepaalde nuances wordt geabstraheerd. In de linkerkolom worden de hoofdstukken genoemd waarin uitgebreider op de betreffende onderwerpen wordt ingegaan. De resultaten van de

---

11 'organ of state' means-
(a) any department of state or administration in the national, provincial or local sphere of government; or
(b) any other functionary or institution –
(i) exercising a power or performing a function in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
(ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation, but does not include a court or a judicial officer.
Zie over dit begrip § 14.2.2.

12 Dat neemt niet weg dat elementen van overwegende invloed ook zijn te ontwaren in de Silicose-jurisprudentie. Zie § 2.2.5.3.

CRITERIA →

TOEPASSELIJK RECHT ↓

	Openbaar gezag	Overwegende overheidsinvloed	Werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan (opdrachten of aanwijzingen)	Opzet en rechtsvorm	Typische overheidsfunctie	Financiële binding met Staat (deelnemingen, leningen, garanties of subsidies)	Wettelijke taak en bekostiging uit opbrengst wettelijke heffingen (RWT)	Participeren in uitoefening overheidsbevoegdheden	Verrichten openbare dienst onder controle overheid	Behoeften van algemeen belang	Bijzondere of exclusieve rechten	Niet economische activiteit (zuiver sociale aard / overheidsgezag)	Dienst van algemeen economisch belang (DAEB)
Awb:													
– Rechtsbescherming	●	(1) ●											
– (ongeschreven) a.b.b.b.	●	(1) ●											
WNo	●												
Archiefwet 1995	●												
Wob	●		●										
Awgb	●												
Ambtenarenwet		●											
Auteurswet	●			●	●								
Cw 2001						●	●						
Grondrechten:													
– Grondwet	●	●						●	●				
– EVRM	●	●											
Aanbestedingsrecht:													
– Algemene aanbestedingsrichtlijn (2004/18)		#								#			
– Richtlijn Nutssectoren (2004/17)		●									●		
Mededingingsrecht												●	●
Rechtstreekswerkende EU richtlijnen	●	●											

● = Alternatieve criteria

= Cumulatieve criteria

(1) Alléén in ambtenaarrechtelijke verhoudingen (§ 2.2.5.4 en § 7.1).

casestudies naar de woningcorporaties (toegelaten instellingen) en ProRail zijn in dit schema buiten beschouwing gelaten evenals het Zuid-Afrikaanse recht. Ook daarvoor wordt verwezen naar de afzonderlijke hoofdstukken.

De tabel kan op twee manieren worden gebruikt. Allereerst kan men van een bepaalde semipublieke instelling nagaan welke normen op deze instelling van toepassing zijn. In dat geval kan worden geredeneerd vanuit de criteria. Daaruit volgt dan vanzelf het toepasselijke recht. In de tweede plaats kan worden geredeneerd vanuit het toepasselijke recht. Wanneer men bijvoorbeeld wil weten of een bepaalde semipublieke instelling is onderworpen aan de Wet openbaarheid van bestuur, begint men links in de tabel en kan vervolgens worden nagegaan aan welke criteria moet worden voldaan wil de Wob van toepassing zijn. Vervolgens kan worden bepaald of de betrokken instelling aan die criteria voldoet.

15.3 Harmoniseren en systematiseren waar mogelijk, differentiëren waar nodig

Zoals gezegd, is het onderscheid tussen overheid en niet-overheid te karakteriseren als multifunctioneel en contextgevoelig, wat inhoudt dat afhankelijk van het oogmerk waarmee het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt, verschillende criteria worden gehanteerd. Dit betekent, zoals ook is gebleken, dat een semipublieke instelling in de ene context als overheid wordt beschouwd en in de andere context als particulier. Dit kan in concreto natuurlijk de juiste keuze zijn, maar het komt ook voor dat de criteria onnodig verschillen. Dit staat op gespannen voet met het streven naar een zo consistent mogelijk rechtssysteem.[13] Er zou naar gestreefd moeten worden deze discongruentie zoveel mogelijk te voorkomen.[14] Het verdient daarom aanbeveling dat de *wetgever* zoveel mogelijk streeft naar harmonisatie en systematisering van overheidsbegrippen. Eenzelfde opdracht kan worden aangenomen voor de *rechter*.[15]

Harmonisatie van wetgeving kan een nuttige bijdrage leveren aan het realiseren van verschillende beginselen van de democratische rechtsstaat. Te denken valt aan het beginsel van wetmatigheid, dat eist dat overheidshandelen duidelijk en toegankelijk moet zijn. Ook het beginsel van doelmatigheid, dat eist dat niet onnodig verschillende vormen van overheidshandelen worden gebruikt, vraagt om harmonisatie.[16] De meer principiële rechtsstatelijke beginselen die het streven naar harmonisatie dragen zijn het consistentiebeginsel (recht mag niet innerlijk tegenstrijdig zijn), het verbod van willekeur (het recht moet gelijkheid in vergelijkbare gevallen waarborgen) en het rechtszekerheidsbeginsel (het recht moet kenbaar en duidelijk zijn).[17]

13 Het streven naar consistentie kan worden opgevat als beginsel van de rechtsstaat, al wordt deze opvatting in de literatuur niet over de volle breedte aanvaard. Zie Van Ommeren 2003a, p. 18; Van Ommeren 1996, p. 321.
14 Zie Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 108.
15 Vergelijk Damen 2007, p. 21-22, p. 26-31.
16 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 47-48.
17 Zie Schlössels e.a. 2007, p. 6.

Aan harmonisatie en systematisering van wetgeving zijn in algemene zin verschillende voordelen verbonden. Allereerst wordt de eenvoud en de *toegankelijkheid* van wetgeving bevorderd, omdat de wetgeving beter kenbaar wordt.[18] Ten tweede neemt de *begrijpelijkheid* van de wetgeving toe, doordat naast de taalkundige en historische interpretatie van de wet meer gewicht toekomt aan de systematische interpretatie van de wet.[19] Dit bevordert vervolgens ook de taalkundige interpretatie, doordat minder onduidelijk is of met een verschil in formulering ook een inhoudelijk verschil in regeling is beoogd.[20] In de derde plaats wordt het regelbestand als zodanig *eenvoudiger,* omdat door harmonisatie en systematisering herhalingen van dezelfde regel overbodig worden.[21] Als bijkomend voordeel kan ten slotte worden genoemd dat harmonisatie en systematisering leiden tot *regeldrukvermindering*.[22]

Harmonisatie van het bestuursrecht enerzijds en systematisering en vereenvoudiging van bestuursrechtelijke wetgeving anderzijds, zijn twee van de centrale doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht.[23] Beide doelstellingen zijn nauw met elkaar verweven en kunnen eigenlijk niet los van elkaar worden gezien: harmonisatie draagt immers bij aan vereenvoudiging en systematisering.[24] De argumenten die voor harmonisatie en systematisering door de regering in de memorie van toelichting worden aangedragen, komen voor een belangrijk deel overeen met de eerder genoemde voordelen die in algemene zin aan harmonisatie en systematisering van wetgeving zijn verbonden, namelijk: de bevordering van de toegankelijkheid, de begrijpelijkheid en de eenvoud van wetgeving.[25] Daaraan kan worden toegevoegd dat door harmonisatie van het bestuursrecht, zoals dat door middel van de Awb plaatsvindt, ook de *rechtsvragen* die rijzen op meer gelijke wijze kunnen worden opgelost. Het feit dat in verschillende wetten een soortelijke regeling is opgenomen, leidt ertoe dat bij iedere regeling dezelfde vraagpunten

18 Van Ommeren 2012, p. 167.

19 Van Ommeren 2012, p. 167. Zie ook *PG Awb I*, p. 21 r.k.

20 Van Ommeren 2012, p. 167. Zie ook de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb. Daarin wordt erop gewezen dat uiteenlopend geformuleerde artikelen in verschillende wetten de vraag oproepen of met het verschil in formulering ook een verschil in regeling is beoogd, of dat het slechts om een redactionele kwestie gaat. Zo werd vóór de inwerkingtreding van de Awb in verschillende wetgeving een geheimhoudingsplicht opgelegd aan degenen die in het kader van een overheidstaak over vertrouwelijke gegevens beschikken. Daarbij was niet duidelijk of de verschillen in redactie ook een verschil in omvang van de geheimhoudingsplicht inhoudt. Ook het omgekeerde kwam voor. Zo werd aan eenzelfde term soms in verschillende wetgeving een verschillende betekenis toegekend. Te denken valt aan het belanghebbendebegrip, dat soms betrekking had op de geadresseerde van een beschikking en soms een ruimere kring van bij een besluit betrokkenen omvatte. Zie *PG Awb I*, p. 19 r.k.

21 Van Ommeren 2012, p. 167. Zie ook *PG Awb I*, p. 19 r.k, p. 21 r.k.

22 Van Ommeren 2012, p. 167 e.v.

23 De doelstellingen van de Awb zijn: 1. het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving; 2. het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving; 3. het codificeren van ontwikkelingen, die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend; 4. het treffen van voorzieningen ten aanzien van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen. *PG Awb I*, p. 19 l.k.

24 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 86, p. 89-90.

25 Zie *PG Awb I*, p. 19-21.

kunnen rijzen. Wanneer de wetgever aan een dergelijk vraagpunt geen aandacht heeft besteed, is het aan de rechter een antwoord te formuleren. Een beslissing voor de ene wet betekent echter geenszins dat die ook voor de andere wet zal gelden. De verschillen tussen de beleidsterreinen alsmede verschillen in wettelijke formulering vormen een onuitputtelijk bron voor argumenten ten gunste van afwijkende oplossingen. Wanneer echter slechts sprake is van één algemene wettelijke regeling, dan zal ook op de punten waarin die regeling niet voorziet een eenmaal in de jurisprudentie aanvaarde oplossing voor het gehele bestuursrecht gelden. Harmonisatie leidt er aldus toe dat nieuwe rechtsvragen efficiënter worden opgelost en minder jurisprudentie geven dan een versnipperede wettelijke regeling.[26] Voorts bevordert een algemene wet als de Awb de totstandkoming van juridische commentaren op die wet, die tevens op de rechtspraak zijn toegesneden.[27] Deze commentaren kunnen eveneens een bijdrage leveren aan een goede systematiek van het bestuursrecht als geheel.[28] Daarnaast kan door harmonisatie van bestuurswetgeving *werk en tijd* worden bespaard door bestuur, wetgever en rechter.[29] In de literatuur wordt nog een aantal andere argumenten voor harmonisatie van het bestuursrecht genoemd. Zo wordt als praktisch voordeel genoemd dat wanneer een jurist de overstap maakt van het ene materiële rechtsgebied naar het andere, hij zich alleen de bijzondere regels van het andere materiële rechtsgebied eigen hoeft te maken. Doordat een belangrijk deel van het algemene bestuursrecht gelding heeft in de diverse bijzondere delen van het bestuursrecht, hoeft de betrokken jurist niet *alles* opnieuw te leren.[30] Verder heeft harmonisatie als voordeel dat men op het ene materiële rechtsgebied kan *leren* van de problemen en ervaringen op een ander materieel rechtsgebied.[31]

Als specifiek argument voor systematisering van de bestuursrechtelijke wetgeving wordt in de memorie van toelichting nog genoemd dat de materie samenhangender en dus logischer wordt geregeld, hetgeen leemten of tegenstrijdigheden gemakkelijker kan voorkomen. Daarnaast is aanpassing van de wetgeving aan nieuwe wensen eenvoudiger, omdat door de aangebrachte systematiek gemakkelijker is te overzien welke gevolgen een bepaalde wijziging zal hebben, en is een wijziging ook eenvoudiger aan te brengen, waardoor de wetgeving beter bij de tijd te houden is.[32]

Met de harmonisatiedoelstelling van de Awb wordt onder andere eenheid in het bestuursrechtelijke *begrippenkader* nagestreefd.[33] De gedachte is dat de Awb op dit punt een zekere voorbeeldwerking heeft, zodat de bijzondere wetgever aansluiting zal zoeken bij de gehanteerde terminologie.[34] Het bestuursorgaanbegrip heeft een harmoniserende werking voor wat betreft het in bestuurlijke wetgeving

26 *PG Awb I*, p. 19-20, p. 21 r.k; Van Ommeren 2012, p. 169.
27 *PG Awb I*, p. 20; Van Ommeren 2012, p. 170.
28 *PG Awb I*, p. 21 r.k.
29 *PG Awb I*, p. 20.
30 Van Ommeren 2012, p. 170.
31 Van Ommeren 2012, p. 170.
32 *PG Awb I*, p. 21 r.k.
33 Zie hierover onder andere Damen 2007, p. 21-43; Van Ommeren 2012, p. 176.
34 *PG Awb I*, p. 21.

hanteren van overheidsbegrippen. Vanuit de harmonisatiegedachte van de Awb is artikel 1:1 lid 1 Awb bij nota van wijziging zo geformuleerd dat het bestuursorgaanbegrip een *algemene gelding* heeft en ook van betekenis is buiten de Awb. Dit houdt in dat wanneer in een bijzondere wet het begrip bestuursorgaan wordt gebruikt, dit begrip de betekenis heeft die de Awb daaraan geeft.[35] Het streven naar eenheid in terminologie onder de Awb heeft ook een plaats gekregen in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar). Aanwijzing 50 bepaalt dat onder andere de term bestuursorgaan in bestuursrechtelijke regelingen wordt gebruikt in de betekenis die daaraan is gegeven in de Awb.

Betekent dit nu ook dat overal het bestuursorgaanbegrip moet worden gebruikt? Toen het bestuursorgaanbegrip bij nota van wijziging zijn algemeen geldende betekenis kreeg, gaf de regering in de toelichting expliciet aan dat dit niet betekent dat het bestuursorgaanbegrip nu ook overal gebruikt moet worden.[36] Ook aanwijzing 50 Ar lijkt niet zover te gaan. Deze aanwijzing eist slechts dat wanneer *materieel* sprake is van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb, daaraan de term bestuursorgaan moet worden verbonden: wanneer men bestuursorgaan bedoelt, dan moet men het ook als zodanig aanduiden.[37]

Hoewel de Awb en aanwijzing 50 Ar daar niet toe dwingen,[38] dient de wetgever wanneer hij overweegt in een wet gebruik te maken van een bepaald overheidsbegrip, vanuit een oogpunt van harmonisatie en systematisering de Algemene wet bestuursrecht (en dus: het bestuursorgaanbegrip) tot uitgangspunt te nemen. Dit dient mijns inziens ook te gelden voor de *rechter*.[39] De Awb heeft op dit punt immers, in de woorden van de regering, een zekere voorbeeldwerking.[40] Anders gezegd: de terminologie in de Awb moet als 'leidend' worden beschouwd, omdat alleen dan de door de Awb beoogde harmoniserings- en systematiseringsdoelstellingen kunnen worden bereikt.[41] In dit verband kan worden gewezen op bijvoorbeeld de Wet Nationale ombudsman en de Wet openbaarheid van bestuur, waar de keuze om aansluiting te zoeken bij het bestuursorgaanbegrip, zoals we hebben gezien, is ingegeven door de harmonisatie- en systematiseringsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt.[42]

Het kan echter zo zijn dat het gebruik van het bestuursorgaanbegrip in een bepaalde context niet adequaat is. De functie en de juridische omgeving van het te kiezen overheidsbegrip zouden kunnen pleiten voor een smaller dan wel ruimer

35 *PG Awb I*, p. 136 r.k.
36 *PG Awb I*, p. 136 r.k.
37 Zijlstra 2012a, p. 515.
38 De Ar zijn overigens überhaupt niet bindend in de zin dat zij voor derden juridisch afdwingbaar zijn. Zie Zijlstra 2012, p. 20-21 en Eijlander & Voermans 2000, p. 375.
39 Vergelijk in dit verband het arrest *RZG/Comformed* waarin de HR bij de interpretatie van artikel 3:14 BW aansluiting zoekt bij het bestuursorgaanbegrip uit de Awb. Niet is uitgesloten dat de HR heeft geredeneerd vanuit de harmonisatie en systematiseringsgedachte van de Awb. Zie hierover § 2.3.2.3.
40 *PG Awb I*, p. 21.
41 Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 55.
42 Zie § 3.2.1 en § 5.2.

begrip dan het concept bestuursorgaan.[43] In dat geval verdient het de voorkeur een andere terminologie te gebruiken.[44] Bovendien vloeit uit aanwijzing 50 Ar voort dat het bestuursorgaanbegrip dan überhaupt niet mag worden gebruikt.[45] In dat geval zal de wetgever wel dienen te *motiveren* waarom een ander criterium dan openbaar gezag het juiste criterium is in verband met de functie die het criterium binnen een bepaalde context vervult. De wetgever zal in dat verband ook steeds de doelstellingen van de betrokken wettelijke regeling expliciet moeten maken. Het gaat erom dat de wetgever inzichtelijk maakt waarom het gekozen criterium binnen de context van de betreffende wet een adequaat middel is ter realisering van de met die wet beoogde doelstellingen.[46] Dit komt niet alleen onder andere de kwaliteit van de wettelijke regeling ten goede, maar het geeft tevens een kader op grond waarvan de geschiktheid van het gekozen criterium kan worden beoordeeld.[47] Het zij overigens opgemerkt dat er in het Nederlandse recht geen algemene juridische verplichting bestaat om wetgeving te motiveren en de strekking

43 Te denken valt hierbij aan de implementatie van Europese richtlijnen. Het bestuursorgaanbegrip is niet zonder meer geschikt om te gebruiken in wetten die richtlijnen, waarin de Europese regelgever een eigen definitie van 'overheid' hanteert, beogen te implementeren. Dit betekent niet dat het bestuursorgaanbegrip aanpassing behoeft, maar dat de wetgever in de implementatiewet een (ander) overheidsbegrip dient te gebruiken dat is toegesneden op de betrokken richtlijn. Zie Steyger 2007, p. 25-26, p. 28. Vergelijk ook Widdershoven e.a. 2007, p. 50-53. Een voorbeeld daarvan is de implementatie in de Wob van Richtlijn nr. 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie. De werkingssfeer van de regels over hergebruik van informatie in de Wob is in het licht van het toepassingsbereik van de richtlijn bewust niet opgehangen aan het bestuursorgaanbegrip, maar aan het begrip 'overheidsorgaan'. Overigens is gebleken dat met de keuze voor het begrip overheidsorgaan geen recht wordt gedaan aan het toepassingsbereik van de richtlijn. Zie § 5.4.

44 Zie Van Buuren 1997, p. 65. Ik ben dan ook geen voorstander van een zogenaamde 'contextuele of omgevingsgerichte interpretatie' van het bestuursorgaanbegrip zoals bepleit door Daalder 2001, p. 36. Dat leidt mijns inziens, evenals Verheij 2001, p. 54 betoogt, tot onduidelijkheid en verwarring. Zie ook Polak 2004, p. 9.

45 Zijlstra 2012a, p. 515.

46 Gebleken is dat de wetgever niet altijd inzichtelijk maakt waarom het gekozen criterium het juiste criterium is in het licht van het oogmerk van het criterium en de context waarin het criterium functioneert. Vergelijk ook Waaldijk 1994, p. 379 en p. 207-209, die er in zijn proefschrift voor pleit dat de wetgever steeds de wettelijke doelstelling weergeeft en motiveert waarom de betreffende regeling geschikt is ter verwezenlijking van die doelstelling (doel-middel-argumentatie).

47 Het motiveren van wetgeving en het formuleren van wettelijke doelstellingen kunnen in het algemeen een aantal nuttige functies vervullen. Zo draagt het bij aan het verwezenlijken van de rechtsstatelijke eis dat besluitvorming door de overheid *niet willekeurig* mag zijn. Daarnaast leidt motivering en de omschrijving van de doelstellingen en strekking van de wet tot *verduidelijking van de inhoud* van een regeling en kan het de *aanvaardbaarheid* van een regeling verhogen. Voorts leidt het tot verhoging van de *kwaliteit* van de wettelijke regeling, hetgeen onder andere van belang is voor de *rechtmatigheid* en *legitimiteit* van de betrokken regeling. Het formuleren van doelstellingen en motivering van wetgeving is ook van betekenis voor de *wetgevingsprocedure* zelf, omdat het dient als beoordelingskader voor bijvoorbeeld de Tweede Kamer, de Raad van State en belangenorganisaties. Duidelijkheid over de strekking van de regel is ook relevant voor de *rechterlijke toetsing*, het *bestuursorgaan* dat is belast met de *uitvoering* van de wettelijke regeling, en het biedt de mogelijkheid voor een zinvolle *evaluatie* van de wettelijke regeling. Zie Waaldijk 1994, p. 365-367; Waaldijk 1984, p. 415; Van Male 1990, p. 282-285.

daarvan duidelijk voor het voetlicht te brengen.[48] Dit verklaart wellicht ook dat de wetgever, zoals bleek, niet altijd inzichtelijk maakt waarom het gekozen criterium het juiste criterium is in het licht van het oogmerk van het betrokken overheidsbegrip en de context waarin het begrip functioneert.

Gelet op het vorenstaande verdient het aanbeveling dat het gebruik van overheidsbegrippen daar waar mogelijk door wetgever en rechter wordt geharmoniseerd en gesystematiseerd. Daarbij zou moeten gelden dat overheidsbegrippen die vergelijkbare functies hebben zoveel mogelijk worden aangeduid met dezelfde termen en materieel worden afgebakend aan de hand van uniforme criteria.[49] Wat betreft terminologie zou hierbij het bestuursorgaanbegrip zoals geformuleerd in de Awb tot uitgangspunt moeten worden genomen. Maar er moet ook ruimte zijn voor differentiatie als de functie of de juridische context van het betreffende begrip daartoe aanleiding geven. In dat geval zal de wetgever wel dienen te motiveren waarom een ander criterium dan openbaar gezag het juiste criterium is in verband met de functie die het criterium binnen de betrokken juridische context vervult. Kortom: harmoniseren en systematiseren waar mogelijk, (gemotiveerd) differentiëren waar nodig.

15.4 Beëindiging Silicose-jurisprudentie

In hoofdstuk 2 is uiteengezet dat de bestuursrechter zijn bevoegdheid heeft uitgebreid naar semipublieke instellingen die over buitenwettelijk openbaar gezag beschikken.[50] Deze uitbreiding met het oog op de bevoegdheid van de bestuursrechter bracht ook een uitbreiding van de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen met zich. De verknooptheid tussen de vraag naar normering en rechtsbescherming wordt hier goed zichtbaar. De jurisprudentie die in dit kader tot ontwikkeling is gekomen, wordt wel aangeduid als *Silicose-jurisprudentie*. Deze rechtspraak is vernoemd naar de uitspraak inzake de Stichting Silicose Oud-mijnwerkers, die vergoedingen verstrekt aan oud-mijnwerkers die lijden aan de ziekte silicose.[51] Op grond van deze rechtspraak is sprake van openbaar gezag als een private rechtspersoon: (1) een publieke taak uitoefent; (2) de gelden waarmee hij zijn activiteiten financiert in overwegende mate van de overheid afkomstig zijn (financiële relatie); (3) de overheid invloed heeft – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de gelden worden besteed (inhoudelijke relatie) en; (4) de activiteiten bestaan uit presterend bestuur, waardoor de private rechtspersoon als het ware fungeert als doorgeefluik tussen overheid en burger.

48 Eijlander & Voermans 2000, p. 171-171; Zijlstra 2012, p. 96, p. 589-590.

49 Vergelijk ook aanwijzing 47 Ar die bepaalt dat in gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld, zoveel mogelijk wordt gestreefd naar harmonisatie van regelgeving.

50 § 2.2.5.3. Zie hierover inmiddels ook uitgebreid de conclusie van staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260. Omdat de redactionele afwerking van dit boek op dat moment al in een vergevorderd stadium was, kon een analyse van die conclusie niet meer in dit boek worden opgenomen.

51 ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996, 136 (m.nt. Zijlstra; *JB* 1995, 337, m.nt. Stroink).

Het oogmerk van de Silicose-rechtspraak is primair de toegang tot de bestuursrechter mogelijk te maken ten aanzien van handelingen van private rechtspersonen die strikt genomen buiten de competentie van de bestuursrechter vallen. Dat is aantrekkelijk, omdat de rechter op die manier rechtsbescherming biedt in de situatie dat de overheid gebruikmaakt van een private rechtspersoon.[52] De Silicose-jurisprudentie is in de literatuur mijns inziens echter terecht bekritiseerd.[53]

Samengevat komt die kritiek op het volgende neer.[54] Een belangrijk punt van kritiek is dat de Silicose-rechtspraak leidt tot *rechtsonzekerheid*, niet alleen voor de op het grensvlak opererende private rechtspersonen, maar met name ook voor de burger. Dit wordt veroorzaakt door de *vaagheid* van de Silicose-criteria. De criteria zijn betrekkelijk open waardoor niet duidelijk is hoever de criteria reiken. De criteria hebben derhalve onvoldoende onderscheidend vermogen. De vaagheid geldt in het bijzonder voor de eis dat sprake moet zijn van de uitoefening van een publieke taak.[55] We hebben gezien dat ook in de Zuid-Afrikaanse literatuur het criterium 'public function' flink wordt bekritiseerd vanwege de onbepaalbaarheid ervan.[56] Dit maakt de publieke taak *ongeschikt* om te functioneren als criterium ter afgrenzing van de toegang tot de bestuursrechter. Daar komt bij dat de *herkenbaarheid van de overheid* in het gedrang komt, doordat de rechter door middel van de Silicose-rechtspraak goedkeurt dat de overheid zich hult in de privaatrechtelijke jas. In dit verband is het van belang erop te wijzen dat in artikel 4 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen als uitgangspunt is bepaald dat met openbaar gezag alleen wordt bekleed een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens publiekrecht is ingesteld (lid 1). Slechts onder bepaalde omstandigheden kan bij wijze van uitzondering, bij wet, of krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling, openbaar gezag worden toegekend aan een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon (lid 2). Dit artikel staat aldus in de weg aan buitenwettelijke toekenning van openbaar gezag aan private rechtspersonen, zoals via de Silicose-jurisprudentie.[57] Ten slotte staat de Silicose-jurisprudentie op gespannen voet met het *legaliteitsbeginsel*. Zij vindt immers toepassing in gevallen waarin een wettelijke grondslag voor het handelen ontbreekt. Daarbij moet echter worden aangetekend dat het legaliteitsbeginsel enigszins kan worden gerelativeerd als het om presterend bestuur gaat, zoals in casu het geval is.[58] Aan de andere kant geldt in de Algemene wet bestuursrecht thans als uitgangspunt dat voor subsidies een wettelijke grondslag nodig is (art. 4:23 lid 1 Awb).[59]

---

52 Zijlstra 2008, p. 70.

53 Zie ook § 2.2.5.3.

54 Zie Zijlstra 2009, p. 54-55; Zijlstra 2008, p. 70-73; Zijlstra 1995, p. 472; Van Ommeren 2003, p. 152-155. Zie ook Overkleeft-Verburg 2003, p. 348-350; Peters 2009, p. 7-10.

55 Dit punt behoeft enige nuancering, omdat het criterium van de publieke taak op zichzelf geen wezenlijke rol lijkt te spelen in de jurisprudentie. De nadruk ligt op de laatste drie Silicose-criteria: *financiële relatie*, *inhoudelijke relatie* en *presterend bestuur/doorgeefluik*. Maar ook dat zijn rekkelijke criteria.

56 § 14.4.

57 Zijlstra 2002, p. 175-176; Zijlstra 2008, p. 49 en p. 71.

58 Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 35; Overkleeft-Verburg 2003, p. 348; Peters 2009, p. 8.

59 Maar daarop bestaan ook uitzonderingen. Zie artikel 4:23 lid 3 Awb.

Gelet op deze kritiek verdient de Silicose-jurisprudentie in mijn ogen geen navolging en moet de toepassing ervan worden beëindigd.[60] Het verdient aanbeveling voortaan de koninklijke weg te bewandelen, door te voorzien in een adequate wettelijke grondslag. In dit verband zou in de algemene subsidiewetten een bijzondere voorziening getroffen kunnen worden voor Silicose-constructies door middel van attributie- of delegatiebepalingen.[61] Tot het zover is, ben ik, in navolging van Zijlstra, van mening dat men er als voorlopig alternatief voor kan kiezen de Silicose-constructie *tijdelijk* te duiden als mandaat en de beslissingen van de private rechtspersoon aan het achterliggende overheidsorgaan toe te rekenen. Op die manier kan de rechter bestuursrechtelijke rechtsbescherming bieden en wordt de constructie (tijdelijk) omgezet in een rechtsfiguur waarvan de juridische status en gevolgen uitgekristalliseerd zijn.[62]

15.5 Uitbreiding bestuursorgaanbegrip met overwegende overheidsinvloed

Uit de vergelijking tussen het Zuid-Afrikaanse en het Nederlandse recht is gebleken dat de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen in Zuid-Afrika ruimer is dan in Nederland. In het oog springt daarbij dat in het Zuid-Afrikaanse recht verschillende factoren een beslissende rol spelen die wij naar Nederlands recht grofweg kunnen scharen onder het criterium 'overwegende overheidsinvloed', zoals overheidsaandeelhouderschap. Het criterium van overwegende overheidsinvloed komen we, zoals bleek, ook tegen in bijvoorbeeld het ambtenarenrecht, het EU-recht en het EVRM. De gedachte achter dit criterium is in wezen steeds te voorkomen dat de overheid via privaatrechtelijke vormgeving publiekrechtelijke normering omzeilt.[63] Naar mijn mening zou het criterium van overwegende overheidsinvloed daarom als *extra* criterium, naast het criterium van openbaar gezag, deel moeten uitmaken van het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 Awb. Het ligt op de weg van de *wetgever* deze uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip te realiseren.

Naar positief recht is het criterium van overwegende overheidsinvloed niet bepalend voor de afbakening van het bestuursorgaanbegrip, behoudens wanneer sprake is van ambtenaarrechtelijke verhoudingen.[64] Dit betekent dat semipublieke

60 Zo ook Zijlstra 2008, p. 70-73, p. 91, p. 93.

61 Zie ook Overkleeft-Verburg 2003, p. 358.

62 Zijlstra 2008, p. 72-73, p. 91.

63 Dit geldt ook voor het Zuid-Afrikaanse recht. Zo overwoog het Constitutional Court in de zeer belangrijke zaak *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council*, par. 40: 'Our Constitution ensures (...) that government cannot be released from its human rights and rule of law obligations simply because it employs the strategy of delegating its functions to another entity.' Zie § 14.2.6.2.

64 § 2.2.5.4. Overigens zijn elementen van overwegende overheidsinvloed ook terug te vinden in de Silicose-rechtspraak (§ 2.2.5.3). Waarom de omvang van het bestuursorgaanbegrip is beperkt tot het enge criterium openbaar gezag, kan vanuit rechtsbeschermingsoogpunt goed worden verklaard. Juist wanneer openbaar gezag wordt uitgeoefend, als dus de rechtspositie van andere rechtssubjecten wordt bepaald, is rechtsbescherming door de bestuursrechter aangewezen. Dit verklaart evenwel niet waarom ook voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van

instellingen die onder overwegende invloed staan van de overheid, niet worden aangemerkt als bestuursorgaan. Als gevolg daarvan zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op dergelijke instellingen niet van toepassing. Dit wringt, omdat het de overheid aan zou kunnen moedigen publiekrechtelijke normering te omzeilen door zich te hullen in een privaatrechtelijke organisatievorm. Daarom zouden private instellingen waarbij sprake is van overwegende overheidsinvloed publiekrechtelijk genormeerd moeten worden.[65]

Dit zou in de eerste plaats kunnen worden gerealiseerd door het handelen van semipublieke instellingen die onder overwegende overheidsinvloed staan tot de verantwoordelijkheid van de achterliggende overheid te rekenen.[66] Grond hiervoor kan worden gevonden in de regel dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op het privaatrechtelijk overheidshandelen.[67] Daaruit kan worden afgeleid dat als de overheid bij haar privaatrechtelijk handelen gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zij daaraan ook gebonden is wanneer de overheid ervoor kiest zich te bedienen van privaatrechtelijke organisatievormen. Dit is dan het geval wanneer de overheid *overwegende invloed* heeft op een private instelling.[68] Omdat moet worden voorkomen dat de overheid zich door de keuze voor de privaatrechtelijke organisatievorm zou kunnen onttrekken aan de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normering, dient zij verantwoordelijk te worden gehouden voor het handelen van private instellingen met overwegende overheidsinvloed. Er kan, in de tweede plaats, nog een stap verder worden gegaan. Als de overheid verantwoordelijk dient te zijn voor het handelen van private instellingen die onder overwegende overheidsinvloed staan, dan kan worden betoogd dat daaruit volgt dat de betreffende instelling zélf tot de overheid behoort en derhalve ook zélf de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dient te respecteren.[69] In dit verband verdient het aanbeveling dat de *wetgever* een uitbreiding realiseert van het bestuursorgaanbegrip in artikel 1:1 Awb met het criterium van overwegende

---

behoorlijk bestuur aangeknoopt wordt bij het criterium van openbaar gezag. Waarom is niet (ook) gekozen voor overwegende overheidsinvloed als afbakeningscriterium? Naar een antwoord op deze vraag kan men gissen. De Awb-wetgever heeft namelijk niet inzichtelijk gemaakt waarom de toepasselijkheid van de materiële Awb-normen en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur is beperkt tot instellingen die openbaar gezag uitoefenen. Zie verder § 14.3.8.

65 Zie reeds Jak 2012, p. 247-250.

66 In deze zin Zijlstra 2008, p. 74.

67 *PG Boek 3 (inv. 3, 5 en 6)*, p. 1053-1055; HR 27 maart 1987, *AB* 1987, 273 (*Amsterdam/Ikon*, m.nt. FHvdB); HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (*Zeeland/Hoondert*, m.nt. MS). Dit geldt overigens ook voor de grondrechten. Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15; HR 26 april 1996, *AB* 1996, 372, (*Rasti Rostelli*; m.nt. ThGD; *JB* 1996, 159, m.nt. HJS).

68 In deze zin Schroten 2000, p. 160; Graat 1998, p. 101; Groen in haar annotatie onder Hof Amsterdam 15 juni 2010, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2010*, p. 449 l.k.

69 In vergelijkbare zin: Verhey 1992, p. 100; Groen in haar annotatie onder Hof Amsterdam 15 juni 2010, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2010*, p. 449 l.k. Vergelijk Scheltema & Scheltema 2013, p. 82-83.

overheidsinvloed.[70] Dit criterium fungeert dan als extra criterium naast het reeds bestaande criterium van openbaar gezag.

De volgende vraag is wat dan precies onder overwegende overheidsinvloed moet worden verstaan. De wetgeving kent, zoals is gebleken, verschillende vormen van overwegende overheidsinvloed, die afhankelijk van de functie en context uiteenlopende invullingen en betekenissen hebben, en die daarom niet zonder meer getransponeerd kunnen worden naar de Awb. Zijlstra neemt het standpunt in dat van overwegende overheidsinvloed sprake is als de overheid de meerderheid van de aandelen van een vennootschap houdt, of de bevoegdheid heeft de meerderheid van het bestuur van een vennootschap dan wel een stichting te benoemen en te ontslaan. Voor het bestaan van overwegende overheidsinvloed is volgens Zijlstra geen invloed nodig op de financiën van de rechtspersoon, omdat dat geen onderscheid maakt met 'gewone' subsidieontvangers.[71] Ook de Hoge Raad heeft in het arrest *RZG/Comformed* aangegeven dat overheidsbekostiging niet een voldoende omstandigheid is om de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te rechtvaardigen.[72] Dat neemt niet weg dat overheidsfinanciering mijns inziens wel een reden kan zijn voor regulering door de bijzondere wetgever.[73] Dat gebeurt in de praktijk overigens ook voortdurend. Ten denken valt aan de wetgeving op het gebied van het hoger onderwijs.

Uitgaande van de door Zijlstra gegeven invulling van het criterium van overwegende overheidsinvloed, kunnen allerlei overheidsbedrijven die naar huidig recht geen bestuursorgaan zijn toch direct worden genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Te denken valt aan het in dit onderzoek steeds terugkerende voorbeeld van *ProRail*, een vennootschap waarvan de Staat der Nederlanden, via Railinfratrust B.V., de enig aandeelhouder is.[74]

Semipublieke instellingen waarop de overheid overwegende invloed heeft, dienen, gelijk a-organen (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb), voor al hun handelingen onder publiekrechtelijke normering te vallen, dus ook voor hun privaatrechtelijke en feitelijke handelingen. De vraag rijst of dit zich wel verdraagt met de privaatrechtelijke taakbehartiging van de betrokken semipublieke instelling. Daarnaast lijkt publiekrechtelijke normering minder vanzelfsprekend als het gaat om private rechtspersonen met overwegende overheidsinvloed die niet door de overheid worden ingezet om overheidsbeleid te realiseren.[75] In de literatuur wordt er op gewezen dat de betreffende rechtspersoon zich in dat geval onvoldoende

70 Deze gedachte is niet nieuw. Zie Zijlstra 2008, p. 74, p. 91-92; Zijlstra 2009, p. 51-52; Bense & Zijlstra 1994, p. 266-267; Schroten 2000, p. 179-181, p. 231-232; Ten Berge & Michiels 2001, p. 104-106; Ten Berge 1991, p. 121-122.

71 Zijlstra 2009, p. 51-52; Zijlstra 2008, p. 73-75, 91-92.

72 § 2.3.2.3.

73 Zie Zijlstra 2008, p. 60 en hierna § 15.6.4.

74 Deze uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip heeft geen gevolgen voor de woningcorporaties (toegelaten instellingen).

75 Vergelijk Scheltema & Scheltema 2013, p. 81, die menen dat het voor private rechtspersonen met overwegende overheidsinvloed die slechts voor een klein deel van hun taken een publieke taak uitoefenen, een te grof middel is om hen voor al hun handelen als bestuursorgaan aan te merken.

onderscheidt van andere private rechtspersonen.[76] Daaraan kan worden toegevoegd dat in dat geval het risico ontbreekt dat de overheid met het inschakelen van een private rechtspersoon de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen tracht te omzeilen. Er is immers geen sprake van een stromanconstructie. Als voorbeeld kan worden gewezen op de redding van Fortis en ABN AMRO door deze banken te nationaliseren. Natuurlijk zit daar wel een publiek belang achter, namelijk het waarborgen van de stabiliteit in de financiële sector, maar genoemde banken worden niet 'gebruikt' als vehikel om overheidsbeleid mee te realiseren. Dat blijkt ook uit het kabinetsbeleid dat van begin af aan is gericht op privatisering van de genationaliseerde financiële instellingen, zodra dat praktisch mogelijk en zakelijk verantwoord is.[77] Het is daarom niet zonder meer aangewezen om ABN AMRO aan publiekrechtelijke normen gebonden te achten. Dat vormt echter geen reden om ABN AMRO niet als bestuursorgaan te beschouwen. Artikel 3:1 lid 2 Awb en artikel 3:14 BW bevatten in dat geval namelijk voldoende ruimte voor een genuanceerde publiekrechtelijke normering, waarbij rekening kan worden gehouden met de privaatrechtelijke taakbehartiging.[78] Op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb van toepassing op het privaatrechtelijk handelen van bestuursorganen. Hoor- en motiveringsplichten zoals neergelegd in hoofdstuk 4 en afdeling 3.7 van de Awb gelden daarvoor echter niet.[79] Dergelijke procedurele beginselen zouden in privaatrechtelijke situaties op praktische problemen kunnen stuiten. Verder geldt dat de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb niet onverkort van toepassing zijn; zij zijn alleen van toepassing 'voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet.' Daarbij moet worden gelet op de situaties waarin het bestuursorgaan optreedt. Treedt het bestuursorgaan slechts op als 'een van de marktpartijen' dan ligt het niet in de rede dat de burgerlijke rechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op een vergelijkbare wijze toepast als de bestuursrechter doet. De toepassing van de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 is steeds afhankelijk van de vraag of toepassing tot ongerechtvaardigde of onpraktische uitkomsten zou kunnen leiden.[80]

Gevolgen voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming

De vraag dringt zich op in hoeverre de hierboven bepleitte uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip tevens gevolgen heeft voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Op het eerste gezicht lijkt het erop dat het voor de toegang tot de bestuursrechter geen verschil maakt. Alleen wanneer een semipublieke instelling met overwegende overheidsinvloed een schriftelijke beslissing inhoudende een

76 Zie Verhey 1992, p. 100-101 onder verwijzing naar Ten Berge & De Ru 1991, p. 8-13.

77 Zie voor een overzicht *Kamerstukken II* 2010/11, 28 165, nr. 117. De intentie is een herplaatsing op de beurs. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 32 013, nr. 36. Overigens is het beheer van de aandelen van ABN AMRO inmiddels ondergebracht bij de door de Staat opgerichte Stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 31 789, nr. 41, p. 2-3.

78 Zo ook Zijlstra 2009, p. 52.

79 Zie ook HR 9 april 1999, *NJ* 2000, 219 (*Coevorden/Gasfabriek*; m.nt. MS), waaruit blijkt dat het handelen in strijd met een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, zoals de hoorplicht, niet altijd door de burgerlijke rechter wordt gesanctioneerd.

80 *PG Awb I*, p. 189 en p. 192.

publiekrechtelijke rechtshandeling neemt, is de bestuursrechter bevoegd daarvan kennis te nemen (art. 8:1 Awb jo art. 1:3 Awb). In de situatie dat semipublieke instellingen met overwegende overheidsinvloed niet als bestuursorgaan worden aangemerkt, zoals thans naar positief recht het geval is, is dat niet anders.

Desalniettemin is niet uitgesloten dat de uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip naar private instellingen met overwegende overheidsinvloed leidt tot een uitbreiding van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Te denken valt aan subsidiëring. Wanneer een bestuursorgaan met het oog op bepaalde activiteiten financiële middelen verstrekt, is dat een subsidie in de zin van de Awb (art. 4:21 Awb). De uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip naar semipublieke instellingen met overwegende overheidsinvloed brengt mogelijk met zich, dat verstrekkingen die door zulke instelling worden verricht, wellicht als een subsidie kunnen worden aangemerkt, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Het gaat immers om verstrekkingen door een bestuursorgaan.[81] Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer ProRail financiële middelen gaat verstrekken, de bestuursrechter daarover mogelijk bevoegd is te oordelen.

15.6 Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn

15.6.1 Inleiding

Wanneer de door mij voorgestelde uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip door de wetgever wordt overgenomen, dan zou een aanzienlijk deel van de problemen zijn opgelost. Een belangrijk gedeelte van de semipublieke instellingen dat onder het huidige recht buiten de boot valt qua publiekrechtelijke normering, is dan immers wel aan publiekrechtelijke normen onderworpen. Neemt de wetgever mijn aanbeveling echter niet ter harte, dan resteert de vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van toepassing zouden moeten zijn op semipublieke instellingen die *niet* de status hebben van bestuursorgaan.[82]

In deze paragraaf wordt dieper op die vraag ingegaan. Allereerst wordt nagegaan in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich lenen voor directe toepassing op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijke criteria die aanleiding kunnen vormen voor publiekrechtelijke normering. Ten slotte komt de vraag aan de orde hoe publiekrechtelijke normering zou kunnen worden bewerkstelligd.

81 Vergelijk Schlössels & Zijlstra 2010, p. 846, p. 849. Overigens gaat deze mogelijke uitbreiding van de rechtsbescherming alleen op voor buitenwettelijke subsidies. De bestuursrechter is namelijk al bevoegd ten aanzien van subsidies verstrekt door private instellingen onder overwegende overheidsinvloed waarvoor een wettelijke bevoegdheid bestaat.

82 Vergelijk Van Ommeren & Huisman 2013, p. 72.

15.6.2 *Lenen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich voor directe toepassing op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn?*

De vraag rijst of publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zich wel lenen voor toepassing op andere instellingen dan bestuursorganen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn specifiek voor de overheid ontwikkelde normen.[83] De functie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt historisch beschouwd als het bieden van compensatie voor de leemte die, als gevolg van de toegenomen beleidsvrijheid van de overheid, is ontstaan in de normering van de overheid ('compensatietheorie').[84] De beginselen beogen de macht van de overheid te beteugelen.[85] Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van oorsprong gericht zijn op het normeren van de overheid, staat er op zichzelf niet aan in de weg dat die normen potentieel van toepassing kunnen zijn op andere instellingen dan de overheid (niet-bestuursorganen).[86, 87] In dit verband kan worden gewezen op de conclusie van A-G Langemeijer bij het arrest *RZG/Comformed*,[88] die schrijft dat '[a]an ongeschreven recht, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, (...) eigen [is] dat nergens beschreven staat in welke gevallen de regel wel of niet van toepassing is. De toepasselijkheid behoeft dus niet per se afhankelijk te zijn van het antwoord op de vraag of RZG hier optreedt als een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb. (...).'[89] Ook Van Ommeren wijst er op dat voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet per se aangesloten hoeft te worden bij het bestuursorgaanbegrip van de Awb. Onder verwijzing naar Nicolaï schrijft hij: '(...) Maar waarom zou de uiterste grens juist door de Awb moeten worden getrokken? De algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden traditioneel nu juist als ongeschreven beginselen beschouwd, die thans ten dele in de Awb zijn gecodificeerd. Die codificatie laat onverlet dat deze beginselen buiten de Awb als ongeschreven recht van toepassing kunnen zijn (...).'[90]

---

83 Zie Schreuder 1994, p. 131.

84 Zie Nicolai 1990, p. 211 e.v; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 388-389. Zie voor een kritische beschouwing op de gangbare compensatietheorie het proefschrift van Van der Heijden 2001.

85 Schreuder 1994, p. 128.

86 Vergelijk Van Ommeren 2003, p. 150-151. Anders Zijlstra 2003, p. 75 en Schlössels & Zijlstra 2010, p. 14-15, p. 25, p. 59-60, die menen dat publiekrechtelijke normen *uitsluitend* op de overheid van toepassing behoren te zijn.

87 De *grondrechten* lenen zich daarentegen niet voor directe toepassing op anderen dan de overheid. Hoewel de grondrechten, evenals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, potentieel dezelfde functie kunnen vervullen jegens machtige private entiteiten als jegens de overheid (zie Burkens 1989, p. 166 en p. 179), lenen zij zich niet voor directe toepassing op particulieren. De reden daarvoor is dat de *beperkingsclausules* vaak zijn toegesneden op de overheid, en particulieren daaraan niet kunnen voldoen. Dit bezwaar is bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet aan de orde. Zie voor de kritiek op directe toepassing van de grondrechten op particulieren § 10.2.3.1.

88 HR 4 april 2003, *AB* 2003, 365 (m.nt. Van Ommeren; *JB* 2003, 121, m.nt. Peters; *NJ* 2004, 35, m.nt. Van den Berg; *RZA* 2003, 155, m.nt. De Groot). Zie over dit arrest § 2.3.2.3.

89 Conclusie overweging 3.8. Niettemin kiest de A-G er uiteindelijk voor de toepasselijkheid van de a.b.b.b. te beperken tot bestuursorganen (zie de laatste twee zinnen van overweging 3.9).

90 Randnummer 3 van zijn annotatie onder het arrest *RZG/Comformed* (*AB* 2003, 365).

Anderzijds is het de vraag of de directe toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn niet te rigide is gelet op hun eigen belang en hun (private) autonomie.[91] Betoogd kan worden dat het open karakter van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de ruimte biedt om rekening te houden met het eigen belang dat de semipublieke instelling in acht dient te nemen.[92] Zo zou een semipublieke instelling enige marge hebben bij het naleven van publiekrechtelijke zorgvuldigheidseisen, nu ook de continuïteit van de onderneming een belangrijke rol speelt en noodzaakt tot een zo efficiënt mogelijke taakverrichting, hetgeen verdisconteerd dient te worden in de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een concreet geval.[93] Aanknopingspunten voor een dergelijke genuanceerde toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen voorts worden gevonden in artikel 3:1 lid 2 Awb, welk artikel ruimte laat voor een genuanceerde toepassing van publiekrechtelijke normen op de overheid zelf, waarbij rekening kan worden gehouden met de privaatrechtelijke taakbehartiging.[94]

15.6.3 Mogelijke criteria

15.6.3.1 Inleiding

De vervolgvraag rijst onder welke omstandigheden publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn, gerechtvaardigd is. Aanknopingspunten daarvoor kunnen mogelijk gevonden worden in de redenen die aanleiding zijn om de overheid aan publiekrechtelijke normen gebonden te achten. Algemeen wordt aangenomen dat de verdergaande normering van de overheid ten opzichte van particulieren is gelegen in de (in dit onderzoek meerdere malen genoemde) bijzondere positie die de overheid in de samenleving inneemt. Die bijzondere positie is er in de eerste plaats in gelegen dat de overheid altijd het *publieke belang* behartigt. Ten tweede wordt de bijzondere positie van de overheid gekenmerkt door het feit dat zij beschikt over een *machtspositie*.[95] Hieronder wordt dieper ingegaan op de vraag of het behartigen van een publieke taak dan wel het bekleden van een machtspositie ook aanleiding kan vormen voor publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die niet kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan.

15.6.3.2 Publieke taak

Door sommige auteurs wordt betoogd dat private instellingen die een publieke taak behartigen, onderworpen dienen te zijn aan publiekrechtelijke normen, ook al kunnen zij niet worden aangemerkt als bestuursorgaan. Zo zijn Scheltema en

91 Vergelijk Smits 2003, p. 18 en 21.
92 Schreuder 1994, p. 152-164.
93 Scheltema & Scheltema 2013, p. 83-84.
94 Zie hiervoor § 15.5.
95 Zie Tjittes 1994, p. 35-36; Hirsch Ballin 1988, p. 21-22; Schreuder 1994, p. 44-49, p. 112-115; Duk 1978, p. 567-568; Vergelijk *PG Awb I*, p. 192; HR 12 januari 1990, *AB* 1991, 430 (*Staat/Appels*; m.nt. Van Ommeren).

Scheltema van opvatting dat het 'voor de vraag of een rechtspersoon is gebonden aan de regels van publiekrecht, (...) uiteindelijk beslissend [is] – en (...) ook beslissend [moet] zijn – of er sprake is van het uitoefenen van publiekrechtelijke taken.'[96] Het is Van der Hoeven met zijn artikel 'De magische lijn'[97] uit 1970 die doorgaans als initiator wordt beschouwd van deze benadering, waarbij publiekrechtelijke normering afhankelijk wordt gesteld van het verrichten van een publieke taak.[98] De vraag is of dit helemaal terecht is. Hij betoogt namelijk niet zozeer dat de uitoefening van een publieke taak publiekrechtelijke normering met zich brengt, maar 'dat de omstandigheid dat een handeling deel uitmaakt van de publieke taakvervulling gevolgen heeft voor de inhoud van het recht waardoor die handeling wordt geregeerd, onverschillig of dat privaatrecht of publiekrecht in de klassieke zin des woords is.'[99] Hij vervolgt: 'Het brengt (...) mee, dat privaatrecht, op dergelijke verhoudingen toegepast, daarvan de invloed ondergaat (publiekrechtelijke elementen gaat opnemen). En: dat publiekrecht soms het omgekeerde verschijnsel laat zien (nl. "privaatrechtelijke" trekken gaat vertonen).'[100] Het betoog van Van der Hoeven houdt dus niet in dat het behartigen van een publieke taak leidt tot de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen, maar dat het een publiekrechtelijke kleuring van de inhoud van het toepasselijk recht tot gevolg heeft. Dat ligt dicht aan tegen indirecte toepassing van publiekrechtelijke normen en congruentie tussen private en publieke normen.[101]

De gedachte om de vervulling van een publieke taak bepalend te laten zijn voor publiekrechtelijke normering, komt bij uitstek naar voren in het Zuid-Afrikaanse recht. We hebben gezien dat in Zuid-Afrika de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op private instellingen afhankelijk is van het verrichten van een publieke taak. Sterker nog, het gehele Zuid-Afrikaanse bestuursrecht wordt in materiële termen omschreven als 'regulating the activities of bodies that *exercise public powers or perform public functions*, irrespective of whether those bodies are public authorities in a strict sense.'[102]

96 Scheltema & Scheltema 2013, p. 84. Zij menen niet alleen dat dit zo behoort te zijn, maar menen dat deze opvatting ook reeds positief recht is. Zij stellen dat private instellingen die geen bestuursorgaan zijn, maar wel een publieke taak behartigen, via artikel 3:14 BW aan publiekrechtelijke normen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten gebonden zijn (p. 83). Dit is echter onjuist. Uit het arrest *RZG/Comformed* (HR 4 april 2003, *AB* 2003, 365, m.nt. Van Ommeren) blijkt dat artikel 3:14 BW zich alleen uitstrekt tot bestuursorganen in de zin van de Awb. Zie § 2.3.2.3. Zie verder Nehmelman & Noorlander 2013, p. 305, p. 309-310, p. 319. Wanneer een private instelling een publieke taak uitoefent, vormt dat volgens hen een aanknopingspunt voor directe toepassing van de grondrechten. Vergelijk ook het WRR rapport uit 2002 getiteld 'De toekomst van de nationale rechtsstaat', p. 170. Zie daarover Zijlstra 2003, p. 69 e.v. Vergelijk voorts Nijland 2013, p. 101-102, p. 110; Van der Does & Snijders 2001, p. 3-4.

97 Van der Hoeven 1970, p. 201-219.

98 Zie bijvoorbeeld Zijlstra 2008, p. 85; Van Ommeren 2003, p. 136-137; Van Ommeren 2012b, p. 564; Schreuder 1994, p. 144 e.v.

99 Van der Hoeven 1970, p. 218.

100 Van der Hoeven 1970, p. 218.

101 Zie § 2.3.3, § 2.3.4 en § 10.2.3.

102 Hoexter 2012, p. 2-3.

Niettemin kunnen er verschillende bezwaren worden ingebracht tegen de opvatting dat een publieke taakvervulling resulteert in publiekrechtelijke normering. Hier geldt in wezen dezelfde kritiek die eerder in dit hoofdstuk is geleverd op de Silicose-jurisprudentie, waarbij het publieke taak-criterium met het oog op een ander doel wordt gebruikt, namelijk: de afbakening van de bevoegdheid van de bestuursrechter (bestuursrechtelijke rechtsbescherming).[103] Het voornaamste probleem van het publieke taakcriterium is dat er geen geschikte en bruikbare materiële invulling van het begrip publieke taak mogelijk is die kan dienen als afbakeningscriterium voor publiekrechtelijke normering. Het criterium van de publieke taak heeft onvoldoende onderscheidend vermogen en is derhalve ongeschikt om tussen verschillende private instellingen te differentiëren.[104] Het behartigen van een publieke taak is derhalve onvoldoende om publiekrechtelijke normering te kunnen rechtvaardigen. Het springt in het oog dat het publieke taak-criterium ook in de Zuid-Afrikaanse literatuur wegens vergelijkbare argumenten ongeschikt wordt geacht om te bepalen of publiekrechtelijke normen van toepassing zijn.[105] Voorts is gebleken dat de Zuid-Afrikaanse rechter moeilijk uit de voeten kan met het materiële publieke taakcriterium en terugvalt op formele (of: institutionele) factoren.[106] Dit houdt in dat het Zuid-Afrikaanse (bestuurs) recht, waarin de materiële benadering zoals hiervoor bleek op het eerste oog centraal staat, bij nadere beschouwing in hoge mate uitgaat van een formele (of: institutionele) benadering. Kortom, het publieke-taakcriterium is ongeschikt voor de afbakening van de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen.

Het voorgaande neemt niet weg dat het behartigen van een publieke taak wel regulering door de wetgever legitimeert. Op deze manier kan tegemoet worden gekomen aan degenen die menen dat het behartigen van een publiek belang publiekrechtelijke normering met zich dient te brengen. Het feit dat een semipublieke instelling een publieke taak vervult, geeft aanknopingspunten voor een verdergaande regulering dan wanneer dat niet het geval is. De publieke taak legitimeert een zodanige regulering dat de betrokken semipublieke instelling moet voldoen aan normen die sterke gelijkenissen vertonen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[107] In de praktijk vindt regulering van semipublieke instellingen ook voortdurend plaats. Te denken valt aan de woningcorporatiesector die onder andere door middel van de Woningwet en het BBSH is genormeerd. Een ander voorbeeld betreft de wetgeving ten aanzien van instellingen

103 § 15.4.

104 Zijlstra 1997, p. 18-22; Zijlstra 2008, p. 82-86; Zijlstra 2009, p. 95-97. Vergelijk voorts het publieke taakcriterium zoals dat op verschillende manieren in het EU-recht tot uitdrukking komt, bijvoorbeeld in het aanbestedingsrecht (behoeften van algemeen belang) en het mededingingsrecht (dienst van algemeen economisch belang). Het publieke taakcriterium is in het EU-recht tamelijk onbepaald. Zie § 11.2.3.2 en § 12.3.

105 Zie § 14.4.

106 Vergelijk in dit verband ook de Nederlandse Silicose-jurisprudentie. Bepalend in deze jurisprudentie is niet zozeer het materiële publieke taakcriterium, maar formele (of: organisatorische) elementen zoals de financiële en inhoudelijke relatie met de overheid. Zie § 2.2.6.3.

107 Zie Zijlstra 2003, p. 74; Zijlstra 2008, p. 60-61, p. 89; Zijlstra 2009, p. 96.

van gezondheidszorg. In paragraaf 15.6.4 wordt dieper ingegaan op de manieren waarop regulering van semipublieke instellingen kan plaatsvinden.

15.6.3.3 Macht

De vraag is nu of een aanvullend criterium kan worden gevonden dat wel aanleiding vormt voor publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Mogelijk kan de mate waarin een semipublieke instelling over een *machtspositie* beschikt, fungeren als aanvullend criterium ter rechtvaardiging van publiekrechtelijke normering.[108] Zo zagen we dat in het Zuid-Afrikaanse recht de machtsfactor een aanknopingspunt vormt voor publiekrechtelijke normering.[109] Aanknopingspunten om aan te sluiten bij de factor macht kunnen ook worden gevonden in de rechtspraak van de burgerlijke rechter. Gebleken is dat de burgerlijke rechter in toenemende mate is gaan differentiëren naar de hoedanigheid van partijen, waardoor de wederpartij van een machtige (rechts)persoon, steeds meer wordt beschermd. De open normen van het privaatrecht bieden de ruimte om rekening te houden met de machtspositie van een private instelling, die daardoor aan bijzondere eisen van zorgvuldigheid kan worden gebonden vergelijkbaar met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[110] Verder valt te wijzen op het Europese mededingingsrecht, op grond waarvan ondernemingen met een machtspositie aan strengere gedragsregels zijn onderworpen dan andere ondernemingen.[111]

Semipublieke instellingen kunnen over een zodanige machtpositie beschikken jegens individuen dat er behoefte kan bestaan aan bescherming tegen die macht op vergelijkbare wijze als bescherming tegen de macht van de overheid.[112] De vraag rijst waaruit die machtspositie kan bestaan. Van macht kan mogelijk worden gesproken in de situatie dat een semipublieke instelling een voor een individu onmisbare dienst levert, waarbij van een gelijkwaardige en wederkerige

108 Zie Engelhard 2010, p. 27; Emaus 2010, p. 66; Van Gerven 1983, p. 1-21; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 304-306, p. 309-310, p. 319.

109 Zie § 14.3.3.4 en § 14.3.7.3 inzake judicial review van private powers.

110 Zie § 2.3.4. Zie ook Zijlstra 2008, p. 87-88 en Schreuder 1994, p. 151 die betogen dat de mate waarin een private instelling een machtspositie inneemt aanleiding kan zijn voor de kleuring van privaatrechtelijke normen door op publiekrechtelijke normen gelijkende beginselen ('congruentie').
Vergelijk voorts de literatuur over de doorwerking van *grondrechten* in privaatrechtelijke verhoudingen. Door verschillende auteurs wordt betoogd dat de mate waarin privaatrechtelijke normen de invloed ondergaan van de grondrechtelijke waarden, afhankelijk is van de mate waarin een semipublieke instelling over een machtspositie beschikt. Zie Heringa & Zwart 1987, p. 22; Burkens 1989, p. 166 en 179; Verhey 1992, p. 101; Graat 1998, p. 202-203; Smits 2003, p. 52; Engelhard 2010, p. 27; Emaus 2010, p. 66; Asser/Hartkamp 3-I* 2011 [226]; Nehmelman & Noorlander 2013, p. 75; *Kamerstukken II* 1976/77 13 872, nr. 7, p. 7 en 10. Zie voor een gedifferentieerde benadering met name Emaus 2010, p. 66: 'Het is (...) niet noodzakelijk dat de verschillende typen machtige partijen die zich in het borderland bewegen gelijk worden behandeld. Een ongelijke behandeling kan worden gelegitimeerd, of liever: moet worden aangemoedigd, door het feit dat de partijen naar hun aard verschillen en het niet wenselijk is dat het gedrag van de partijen volgens het complete arsenaal aan publiekrechtelijke normen worden beoordeeld.'

111 Zie hoofdstuk 12, met name § 12.4.3.

112 Vergelijk Asser/Hartkamp 3-I* 2011/[226].

relatie geen sprake is en de instelling in wezen beschikt over een monopolie.[113] Te denken valt aan een woningcorporatie die als enige sociale huurwoningen in een regio verhuurt en voor de huurder in feite geen alternatief bestaat dan het huren van een woning bij juist deze woningcorporatie. In een dergelijk geval ligt toepassing van publiekrechtelijke beginselen in de rede, met name die beginselen die gericht zijn op het bedwingen van macht.[114]

Evenals bij het publieke taak-criterium kunnen ook bij het criterium macht kanttekeningen worden geplaatst ten aanzien van de geschiktheid ervan voor de afbakening van de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen. Ook hier kan namelijk sterk worden betwijfeld of een bruikbare invulling kan worden gegeven van het criterium macht dat voldoende onderscheidend vermogen heeft. Gelet hierop is het criterium macht mijns inziens ongeschikt om te kunnen dienen als afbakeningscriterium voor publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Dat neemt evenwel niet weg dat het bekleden van een machtspositie, evenals het behartigen van een publieke taak, in ieder geval regulering door de wetgever legitimeert. Zoals gezegd, is regulering van semipublieke instellingen in de praktijk ook voortdurend aan de orde. Te denken valt aan de eerder genoemde woningcorporatiesector die onder andere door middel van de Woningwet en het BBSH is genormeerd.

15.6.4 Mogelijke vormen van publiekrechtelijke normering

Ten slotte rijst de vraag *hoe* publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn, kan worden bewerkstelligd. Dat is een vraag die in de literatuur opmerkelijk genoeg doorgaans buiten beschouwing wordt gelaten door degenen die pleiten voor publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die niet kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan.[115] Hieronder worden een aantal mogelijke varianten besproken.

Allereerst zou een ruimere interpretatie van het toepassingsbereik van artikel 3:14 BW kunnen worden bepleit. Deze uitbreiding van het toepassingsbereik zou dan door de *burgerlijke rechter* moeten worden gerealiseerd. Artikel 3:14 BW bepaalt dat '[e]en bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, (...) niet [mag] worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.' Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet, blijkt uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie dat dit artikel zo moet worden uitgelegd dat het

113 Raat 2007, p. 210. Zie voor vergelijkbare typeringen van macht: Graat 1998, p. 202 ('afhankelijkheid' en 'onvrijwilligheid'); Verhey 1992, p. 101 ('monopoliepositie'); Engelhard 2010, p. 27 zoekt het criterium voor macht 'in de "sleutelpositie" waarin aanbieders van bepaalde diensten verkeren: men verandert niet even van verzorgingshuis, bijzondere school of woningcorporatie.' Van Gerven 1983, p. 1-21 spreekt over een positie van 'bovengeschiktheid'. Zie ook Nehmelman & Noorlander 2013, p. 304-306, p. 309. Vergelijk voorts de omstandigheden waaronder in het Zuid-Afrikaanse recht judicial review mogelijk is van private powers. Zie § 14.3.3.4 en § 14.3.7.3. Vergelijk ook de omstandigheden op grond waarvan een machtspositie wordt aangenomen als bedoeld in artikel 102 VWEU. Zie § 12.4.3.

114 Zo ook Emaus 2010, p. 66.

115 Zie hierover Zijlstra 2008, p. 82.

privaatrechtelijk optreden van de overheid op grond van dit artikel is onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[116] Artikel 3:14 BW heeft niet de bedoeling ook *particulieren* aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te binden. Als we het arrest *RZG/Comformed*[117] lezen tegen de achtergrond van artikel 3:14 BW, dan valt te begrijpen waarom de Hoge Raad voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aansluiting heeft gezocht bij een overheidsbegrip, in dit geval: het bestuursorgaanbegrip uit de Awb.[118] Wanneer het wenselijk wordt geacht om private instellingen die geen bestuursorgaan zijn, maar wel een publiek belang behartigen of een machtspositie innemen, te binden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan zou wellicht een ruimere interpretatie van het toepassingsbereik van artikel 3:14 BW kunnen worden bepleit. Het begrip 'iemand' waarover dit artikel spreekt, zou niet beperkt dienen te zijn tot bestuursorganen, maar zou ook betrekking kunnen hebben op semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn maar wel een publiek belang behartigen of een machtspositie innemen.[119] Het zou dan op de weg van de burgerlijke rechter liggen deze uitbreiding te realiseren. Los van het oordeel dat, zoals hiervoor uiteengezet, het publieke taak-criterium en het machtscriterium niet geschikt zijn als afbakeningscriteria voor publiekrechtelijke normering, levert publiekrechtelijke normering via artikel 3:14 BW echter vanuit democratisch rechtsstatelijk oogpunt bezwaren op. Het verdraagt zich namelijk niet met het legaliteitsbeginsel. Uitgangspunt in de democratische rechtsstaat is dat private partijen in beginsel vrij zijn, behoudens wettelijke beperkingen. Gelet hierop verdient een *automatische* binding via artikel 3:14 BW van semipublieke instellingen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet de voorkeur.[120]

De vraag is hoe publiekrechtelijke normering dan wel kan worden verwezenlijkt. Wanneer een semipublieke instelling een publiek belang behartigt, een machtspositie bekleedt of met overheidsgelden wordt gefinancierd, rechtvaardigt dat regulering door de wetgever.[121] Dat betekent niet dat de overheid direct tot ingrijpen dient over te gaan. Eerst zal moeten worden geïnventariseerd in hoeverre reeds aan het gewenste beschermingsniveau is voldaan, bijvoorbeeld door middel van zelfregulering of via inkleuring van open normen van het privaatrecht met op publiekrechtelijke normen gelijkende beginselen ('congruentie'). Pas als dit tekortschiet, komt overheidsingrijpen in beeld.[122]

De overheid kan in een concreet geval publiekrechtelijke normering opleggen door middel van het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht, bijvoorbeeld door

116 Zie § 2.3.2.

117 HR 4 april 2003, *AB* 2003, 365 (m.nt. Van Ommeren; *JB* 2003, 121, m.nt. Peters; *NJ* 2004, 35, m.nt. Van den Berg; *RZA* 2003, 155, m.nt. De Groot).

118 De Hoge Raad hoefde niet per se aansluiting te zoeken bij het bestuursorgaanbegrip, maar had ook een eigen overheidsbegrip kunnen ontwikkelen. Zie § 2.3.2.3.

119 Zie ook Nijland 2013, p. 99-102, p. 110; Van Rossum 2005, p. 90-91, p. 93. Anders: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 60.

120 Zie Zijlstra 2008, p. 87, p. 91; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 60.

121 Zie Zijlstra 2003, p. 74; Zijlstra 2008, p. 60, p. 89; Zijlstra 2009, p. 96.

122 Zie over de voorkeur voor zelfregulering in dit verband Zijlstra 2008, p. 86; Zijlstra 2009, p. 97-98; Van Ommeren 2012, p. 153-154.

gebruikmaking van aandeelhouders- of bestuursbevoegdheden, vastlegging in de statuten, of een overeenkomst met de betrokken semipublieke instelling.[123] Daarbij kan evenwel de kanttekening worden geplaatst dat het niet mogelijk is om zonder wettelijke grondslag op deze wijzen hetzelfde beschermingsniveau van publiekrechtelijke normen te bewerkstelligen als bij bestuursorganen geldt.[124] Zo kunnen burgers bijvoorbeeld geen beroep doen op normen neergelegd in de statuten, omdat de statuten geen externe werking hebben.[125] Voor een verdergaande publiekrechtelijke normering gelijk bestuursorganen is derhalve ingrijpen van de wetgever nodig.

De wetgever kan ervoor kiezen publiekrechtelijke normering te bewerkstelligen via algemene wetgeving, waarin de wetgever een algemeen stelsel ontwerpt waarmee publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen wordt verzekerd. Zo wordt door bijvoorbeeld Raat een 'Awb voor maatschappelijke organisaties' bepleit.[126] Voorts kan worden gewezen op het (ingetrokken) wetsvoorstel van de maatschappelijke onderneming.[127] Het probleem van een dergelijke algemene wettelijke regeling, die geldt voor alle semipublieke instellingen, is dat zij voor sommige instellingen te ver gaat en derhalve disproportioneel is, en voor andere niet ver genoeg gaat. Daarom ben ik van mening dat regulering bij voorkeur plaatsvindt in de bijzondere wet, waarbij de normering wordt toegesneden op de betrokken semipublieke instelling (of de sector waarin zij zich bevindt) en niet verder gaat dan noodzakelijk is.[128]

15.7 Vooruitblik

De vraag naar de juridische positie van semipublieke instellingen is in dit onderzoek primair beantwoord in het licht van het toepasselijke recht, en meer secundair, in het licht van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het toepasselijke recht en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming fungeren zoals gezegd als verschillende doeleinden om een onderscheid te maken tussen overheid en niet-overheid.[129] Een andere belangrijke reden waarvoor dit onderscheid relevant kan worden geacht, is met het oog op de *democratische legitimatie* en de toepasselijkheid van *publieke verantwoordingsmechanismen*. In hoeverre dienen semipublieke instellingen publieke verantwoording af te leggen en in hoeverre

123 Zie Zijlstra 2008, p. 54-62, p. 81-82, p. 86-90.

124 Zijlstra 2008, p. 55.

125 Zijlstra 2008, p. 59.

126 Raat 2007, p. 291. Vergelijk Steyger 2007, p. 24-25 die wijst op de mogelijkheid van een wet die de specifieke positie van hybride organisaties regelt.

127 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003. Zie voor de intrekking van het wetsvoorstel *Kamerstukken II* 2010/11, 32 417, nr. 47; *Kamerstukken I* 2010/11, 32 417, nr. A.

128 Zie ook Zijlstra 2008, p. 89-91; Zijlstra 2009, p. 98-99. Zie ook Nehmelman & Noorlander 2013, p. 320-322. Het feit dat een semipublieke instelling, zoals een bijzondere school, een publieke taak behartigt of een machtspositie heeft, pleit volgens hen voor codificatie van grondrechten in specifieke sectorwetgeving. Daarbij moet rekening worden gehouden met de aard van de betrokken semipublieke sector in samenhang met de aard van het grondrecht.

129 Zie hiervoor § 15.2.2.

moeten zij democratisch gelegitimeerd zijn? Deze (governance)vragen naar de democratische legitimatie van semipublieke instellingen en de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen zouden voorwerp kunnen zijn van juridisch vervolgonderzoek, waarbij op het onderhavige onderzoek kan worden voortgebouwd.[130] De resultaten van het onderhavige onderzoek kunnen daarbij richtinggevend zijn.

Semipublieke instellingen zijn minder goed democratisch gelegitimeerd dan traditionele overheidsinstellingen. Wil het handelen van semipublieke instellingen democratisch gelegitimeerd zijn, dan moet dat handelen niet alleen vooraf door algemeen vertegenwoordigende organen zijn genormeerd, maar moeten deze organen ook achteraf controle kunnen uitoefenen. Democratische controle *vooraf* is grotendeels verzekerd door regulering door de wetgever. Zoals in de voorgaande paragraaf naar voren kwam, biedt het behartigen van een publiek belang, het hebben van een machtspositie of overheidsfinanciering ook alle aanleiding voor overheidsregulering van semipublieke instellingen. Bovendien vindt dit ook, als meerdere malen gezegd, voortdurend plaats. Dit betekent dat de democratische legitimatie (vooraf) van semipublieke instellingen veelal afdoende is gegarandeerd via normstelling in regelgeving vooraf.[131]

De problemen doen zich vooral voor ten aanzien van de democratische controle *achteraf*. In de literatuur wordt betoogd dat bij semipublieke instellingen de democratische legitimatie en publieke verantwoording achteraf minder zijn gegarandeerd dan bij de klassieke overheidsinstellingen. In dit verband wordt wel gesproken van een verantwoordingsleemte die is ontstaan door het proces van decentralisering van overheidstaken naar de semipublieke sector.[132] Deze leemte heeft vooral betrekking op de traditionele verticale verantwoordingsmechanismen, zoals de ministeriële verantwoordelijkheid, die sterk is verminderd.

Tegen deze achtergrond is de behoefte ontstaan aan andere, *horizontale* vormen van publieke verantwoording. Horizontale verantwoording moet worden onderscheiden van traditionele vormen van verticale verantwoording. Het is een concept dat afkomstig is uit de bestuurskunde[133] en waarnaar nog relatief weinig juridisch onderzoek is verricht.[134] Het houdt in dat een semipublieke instelling verplicht is om rechtstreeks verantwoording af te leggen aan de relevante stakeholders. Voorbeelden van horizontale verantwoordingsmechanismen zijn: de interne ombudsman, het college van deskundigen, het klantenforum, visitaties en de raad van toezicht/commissarissen.[135] Van elk van deze horizontale verantwoordingsmechanismen zou kunnen worden nagegaan in welke mate zij een bijdrage

130 Zie ook § 1.3.1.

131 Vergelijk Zijlstra 1997, p. 101, p. 116, p. 118.

132 Schillemans 2007, p. 17; Vergelijk ook Broeksteeg 2006, p. 88 onder verwijzing naar het rapport van de externe commissie Ministeriële Verantwoordelijkheid (Commissie Scheltema 1993), *Steekhoudend Ministerschap. Betekenis en toepassing van de ministeriele verantwoordelijkheid*, p. 47-48. *Kamerstukken II* 1992/93, 21 427, nr. 40 en 41.

133 Zie bijvoorbeeld Schillemans 2007; Bovens & Schillemans 2009.

134 Vergelijk Besemer 2007, p. 195-203.

135 Schillemans 2007, p. 72-73.

kunnen leveren aan het democratisch gehalte van een semipublieke instelling.[136] Er wordt wel betoogd dat horizontale verantwoordingsarrangementen, zoals klantenfora, kunnen fungeren als substituut voor de ministeriele verantwoordelijkheid.[137] Dit kan echter sterk worden betwijfeld, al was het maar omdat een klantenforum en de minister andere belangen behartigen.[138] Een klantenforum kan hoogstens een aanvulling vormen op het ministeriële toezicht. Het kan de doelmatigheid van het toezicht door de minister vergroten.[139]

Anders dan voor het toepasselijke recht en de toegang tot de bestuursrechter, zijn geen afzonderlijke criteria ontwikkeld die de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen beogen af te bakenen. Uit de aard der zaak volgt tevens dat dit onderwerp in de jurisprudentie niet aan de orde is. Niet is uitgesloten dat de criteria die zijn bedoeld voor de toegang tot de bestuursrechter en het toepasselijke recht ook dienstig kunnen zijn voor de afbakening van de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen.[140] Daarbij moet uiteraard rekening worden gehouden met de eigen aard en context van de materie, namelijk: publieke verantwoording.

Aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de in dit onderzoek geformuleerde afbakeningscriteria. Dit betekent dat semipublieke instellingen die kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan (inclusief de uitbreiding met overwegende overheidsinvloed) zoveel mogelijk publieke verantwoording dienen af te leggen en zoveel mogelijk democratisch gelegitimeerd en gecontroleerd moeten zijn. Het publieke taak-criterium en het criterium macht zijn ongeschikt om te kunnen dienen als afbakeningscriteria voor de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen. Dat neemt niet weg dat het behartigen van een publieke taak of het bekleden van een machtspositie wel regulering door de wetgever legitimeert op dit vlak. Een criterium dat wel geschikt is met het oog op de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen is *financiering door publieke middelen*. Hier kan een verband worden gelegd met de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer op grond van de Comptabiliteitswet 2001, die is gebaseerd op de gedachte dat steeds democratische controle mogelijk moet zijn van de besteding van publieke middelen.[141] Het is wenselijk dat semipublieke instellingen die worden bekostigd uit overheidsgelden zoveel mogelijk publieke verantwoording afleggen over de besteding van die publieke middelen en dat daarop zoveel mogelijk democratische controle mogelijk is.[142] Hier komt duidelijk de multifunctionele en contextafhankelijke benadering tot uitdrukking. Eerder is betoogd dat overheidsfinanciering geen geschikt criterium is met het oog op de toepasselijke normen. Het heeft in dat verband onvoldoende onderscheidend vermogen, omdat

136 Zie Jak 2012a, p. 163-176, m.n. p. 173-174; Schillemans 2007.
137 Schillemans 2007, p. 19-21 en p. 336. Vergelijk het rapport van de Commissie Wijfels 2006, p. 9-10.
138 Vergelijk Van der Ploeg 2008, p. 138-39; Schillemans 2007, p. 201-203.
139 Schillemans 2007, p. 204-205; Besemer 2007, p. 200-202; Algemene Rekenkamer 2008a, p. 27.
140 Zie Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 126-127 in relatie tot het Engelse recht.
141 Zie hoofdstuk 9.
142 Vergelijk Zijlstra 2008, p. 86.

het geen onderscheid maakt met 'gewone' subsidieontvangers.[143] Met het oog op de afbakening van de toepasselijke verantwoordingsmechanismen kan overheidsfinanciering daarentegen wel als adequaat afbakeningscriterium fungeren.

15.8 Slotsom

Het onderscheid tussen overheid en niet-overheid is te karakteriseren als multifunctioneel en contextafhankelijk. Dit houdt in dat afhankelijk van het oogmerk waarmee het onderscheid wordt gemaakt verschillende criteria worden gehanteerd. Dit brengt met zich dat er geen enkelvoudig en universeel criterium is aan de hand waarvan het begrip overheid kan worden afgebakend. In de ene situatie wordt een semipublieke instelling als overheid aangemerkt, en in de andere situatie als particulier; de criteria verschillen afhankelijk van het oogmerk waarvoor de criteria worden gebruikt en dat vormt ook de reden waarom de uitkomsten per geval verschillen.

Vanuit rechtszekerheidsoogpunt zou het aantrekkelijk zijn over een formeel overheidsbegrip te beschikken. Voor een daadwerkelijk effectief overheidsbegrip lijkt het echter onvermijdelijk dat het formele criterium wordt aangevuld met een materieel criterium. Niet voor niets is in dit onderzoek gebleken dat ter afbakening van het begrip overheid meestal een combinatie van zowel materiële als formele (of: organisatorische) criteria wordt gehanteerd. Opmerkelijk is dat verschillende malen is gebleken dat daar waar ogenschijnlijk wordt uitgegaan van een materieel criterium, toch ook formele institutionele gezichtspunten van betekenis zijn. Te denken valt aan de Silicose-jurisprudentie en de wijze waarop het criterium 'public function' naar Zuid-Afrikaans recht wordt ingevuld.

De multifunctionele en contextafhankelijke benadering brengt als gezegd met zich dat een semipublieke instelling in de ene context als overheid wordt beschouwd en in de andere context als particulier. Dit kan in concreto natuurlijk de juiste keuze zijn, maar het komt ook voor dat de criteria onnodig verschillen. Dit staat op gespannen voet met het streven naar een zo consistent mogelijk rechtssysteem. Er zou naar gestreefd moeten worden deze discongruentie zoveel mogelijk te voorkomen. Het verdient daarom aanbeveling dat zowel de wetgever als de rechter zoveel mogelijk streven naar harmonisatie en systematisering van overheidsbegrippen. Daarbij zou moeten gelden dat overheidsbegrippen die vergelijkbare functies hebben zoveel mogelijk worden aangeduid met dezelfde termen en materieel worden afgebakend aan de hand van uniforme criteria. Wat betreft terminologie zou hierbij het bestuursorgaanbegrip zoals geformuleerd in de Awb tot uitgangspunt moeten worden genomen. Maar er moet ook ruimte zijn voor differentiatie als de functie of de juridische context van het betreffende begrip daartoe aanleiding geven. In dat geval zal de wetgever wel dienen te motiveren waarom een ander criterium dan openbaar gezag het juiste criterium is in verband met de functie die het criterium binnen de betrokken juridische context

143 Zie § 15.5.

vervult. Kortom: harmoniseren en systematiseren waar mogelijk, (gemotiveerd) differentiëren waar nodig.

De Silicose-jurisprudentie verdient geen navolging en de toepassing ervan moet worden beëindigd. Weliswaar is de Silicose-jurisprudentie op het eerste gezicht aantrekkelijk, omdat de rechter bestuursrechtelijke rechtsbescherming biedt in de situatie dat de overheid gebruikmaakt van een private rechtspersoon. Desondanks zijn tegen de Silicose-jurisprudentie verschillende bezwaren in te brengen die aan de toepassing van die jurisprudentie in de weg staan. Het verdient aanbeveling dat Silicose-constructies voortaan worden voorzien van een adequate wettelijke grondslag. Tot het zover is, ben ik van mening dat men er als voorlopig alternatief voor kan kiezen de Silicose-constructie *tijdelijk* te duiden als mandaat en de beslissingen van de private rechtspersoon aan het achterliggende overheidsorgaan toe te rekenen. Op die manier kan de rechter bestuursrechtelijke rechtsbescherming bieden en wordt de constructie (tijdelijk) omgezet in een rechtsfiguur waarvan de juridische status en gevolgen uitgekristalliseerd zijn.

Semipublieke instellingen die onder overwegende overheidsinvloed staan, moeten publiekrechtelijk genormeerd worden. Daartoe dient de wetgever het criterium van overwegende overheidsinvloed op te nemen in de definitie van het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 Awb. Voor de duidelijkheid, dit criterium fungeert dan als *extra* criterium naast het reeds bestaande criterium van openbaar gezag. Op die manier kan worden voorkomen dat de overheid via privaatrechtelijke vormgeving publiekrechtelijke normering omzeilt. Mocht publiekrechtelijke normering in dat geval belemmeringen opleveren voor de privaatrechtelijke taakbehartiging van de betrokken semipublieke instelling, dan biedt artikel 1:3 lid 2 Awb voldoende mogelijkheden voor een genuanceerde toepassing van de publiekrechtelijke normen. De uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip naar private instellingen met overwegende invloed, heeft niet alleen gevolgen voor de toepasselijke normen. Niet is uitgesloten dat de beoogde uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip eveneens leidt tot een uitbreiding van de *bestuursrechtelijke rechtsbescherming*, bijvoorbeeld in het kader van subsidiëring.

Wanneer de door mij voorgestelde uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip door de wetgever wordt overgenomen, dan zou een aanzienlijk deel van de problemen zijn opgelost. Een belangrijk gedeelte van de semipublieke instellingen dat onder het huidige recht buiten de boot valt qua publiekrechtelijke normering, is dan immers wel aan publiekrechtelijke normen onderworpen. Voor het geval dat de uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip naar private instellingen met overwegende overheidsinvloed niet door de wetgever wordt overgenomen, is nog ingegaan op de vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van toepassing zouden moeten zijn op semipublieke instellingen die *niet* de status hebben van bestuursorgaan. Nagegaan is of het behartigen van een publieke taak dan wel het bekleden van een machtspositie mogelijk aanleiding kunnen vormen voor een dergelijke publiekrechtelijke normering. Het publieke taak-criterium en het criterium macht zijn ongeschikt gebleken om te kunnen dienen als afbakeningscriteria voor publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die niet kunnen worden aangemerkt

als bestuursorgaan dient te worden gerealiseerd via een bijzondere wettelijke regeling, waarbij de normering wordt toegesneden op de betrokken semipublieke instelling en niet verder gaat dan noodzakelijk is. Dat betekent niet dat de overheid direct tot ingrijpen dient over te gaan. Eerst zal moeten worden geïnventariseerd in hoeverre reeds aan het gewenste beschermingsniveau is voldaan, bijvoorbeeld door middel van zelfregulering of via inkleuring van open normen van het privaatrecht met op publiekrechtelijke normen gelijkende beginselen ('congruentie'). Pas als dit tekortschiet, komt overheidsregulering in beeld.

De vraag naar de juridische positie van semipublieke instellingen is in dit onderzoek primair beantwoord in het licht van het toepasselijke recht en, meer secundair, in het licht van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het toepasselijke recht en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming fungeren als verschillende doeleinden om een onderscheid te maken tussen overheid en niet-overheid. Een andere belangrijke reden waarvoor dit onderscheid relevant kan worden geacht, is met het oog op de *democratische legitimatie* en de toepasselijkheid van *publieke verantwoordingsmechanismen*. In hoeverre dienen semipublieke instellingen publieke verantwoording af te leggen en in hoeverre moeten zij democratisch gelegitimeerd zijn? Deze (governance)vragen naar de democratische legitimatie van semipublieke instellingen en de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen zouden voorwerp kunnen zijn van juridisch vervolgonderzoek, waarbij op het onderhavige onderzoek kan worden voortgebouwd. De resultaten van het onderhavige onderzoek kunnen daarbij richtinggevend zijn. Anders dan voor het toepasselijke recht en de toegang tot de bestuursrechter, zijn geen afzonderlijke criteria ontwikkeld die de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen beogen af te bakenen. Uit de aard der zaak volgt tevens dat dit onderwerp in de jurisprudentie niet aan de orde is. Niet is uitgesloten dat de criteria die zijn bedoeld voor de toegang tot de bestuursrechter en het toepasselijk recht ook dienstig kunnen zijn voor de afbakening van de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen. Aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de in dit onderzoek geformuleerde afbakeningscriteria.

Samenvatting

Semipublieke instellingen
De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving

Semipublieke instellingen

In dit onderzoek staat de vraag centraal wat de juridische positie is van semipublieke instellingen in het Nederlandse rechtssysteem. Met de beantwoording van deze vraag wordt beoogd een bijdrage te leveren aan het zoveel mogelijk wegnemen van onduidelijkheden en onzekerheden die daaromtrent bestaan.

Semipublieke instellingen zijn in dit onderzoek ten eerste gedefinieerd als privaatrechtelijke rechtspersonen die institutioneel verbonden zijn met traditionele overheidsinstellingen (de staat, gemeenten, provincies), bijvoorbeeld vanwege de financiering, aandeelhouderschap, benoemingsrecht van bestuurders, aanwijzings- en goedkeuringsbevoegdheden. In de tweede plaats zijn het private rechtspersonen die maatschappelijke of publieke belangen behartigen. Zij bevinden zich daarmee op het snijvlak van overheid en samenleving en op het grensvlak van publiek- en privaatrecht.

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht

De beantwoording van de vraag naar de juridische positie van semipublieke instellingen is onder andere afhankelijk van de manier waarop het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wordt benaderd. Semipublieke instellingen bevinden zich immers op het grensvlak van publiek- en privaatrecht, wat verschillende vragen doet rijzen omtrent het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht.

In het Nederlandse recht wordt onderscheid gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is dat in het Nederlandse bestuursrecht de bijzondere positie van de overheid als vertrekpunt wordt genomen. Die positie is anders dan die van andere rechtssubjecten. De bijzondere positie van de overheid is er enerzijds in gelegen dat de overheid altijd het publieke belang behartigt. Anderzijds wordt de bijzondere positie van de overheid gekenmerkt door het feit dat zij beschikt over een machtspositie. Voorts wordt in Nederland een categorische onderscheiding gemaakt tussen publiekrechtelijke normen en privaatrechtelijke normen. Hier manifesteert zich ook het verband met de unieke positie die de overheid in de samenleving inneemt. Zo brengt deze positie met zich dat de overheid aan andere (publiekrechtelijke) normen is onderworpen dan particulieren. Publiekrechtelijke normen zijn *in ieder geval* van toepassing op de overheid, die daaraan ook behoort te voldoen. Ten slotte is het handelen van de overheid in Nederland, onder omstandigheden, vatbaar voor beroep bij een aparte bestuursrechter. Het onderscheid tussen publiek- en

privaatrecht is in Nederland dus ook van belang in het kader van de toepasselijke rechtsbeschermingsprocedures.

In het Nederlandse recht is dus een aantal ijkpunten aan te wijzen met het oog waarop een (zinvol) onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht kan worden gemaakt. Deze ijkpunten dienen als inspiratiebron en aanknopingspunt voor de wijze waarop de analyse van de juridische positie van semipublieke instellingen in dit onderzoek heeft plaatsgevonden. Semipublieke instellingen bevinden zich als gezegd immers op het grensvlak van publiek- en privaatrecht. Dit doet verschillende vragen rijzen omtrent het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Zo dringt zich de vraag op in hoeverre semipublieke instellingen al dan niet tot de overheid kunnen worden gerekend, in hoeverre zij onderworpen zijn aan publiekrechtelijke normen en in hoeverre hun handelen vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

De grenzen van de overheid: publiekrechtelijke normering en bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Ter beantwoording van de centrale vraag hoe semipublieke instellingen juridisch zijn gepositioneerd, is in dit onderzoek primair ingegaan op de *publiekrechtelijke normering* van semipublieke instellingen. Het gaat hier om de vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen van toepassing kunnen zijn.

Vanwege hun privaatrechtelijke karakter is het niet vanzelfsprekend dat publiekrechtelijke normen op semipublieke instellingen van toepassing zijn. Publiekrechtelijke normen zijn normen die primair zijn ontwikkeld om het handelen van de overheid te normeren. Dit houdt verband met de eerder genoemde bijzondere positie die de overheid heeft in het recht. Die positie is anders dan die van andere rechtssubjecten. De bijzondere positie die de overheid inneemt, brengt met zich dat de overheid mede aan andere normering is onderworpen dan particulieren. Publiekrechtelijke normen zijn *in ieder geval* van toepassing op de overheid, die daaraan ook behoort te voldoen.

Tegen de achtergrond van voornoemd uitgangspunt – de bijzondere positie van de overheid – is het zinvol na te gaan wat de reikwijdte is van het overheidsbegrip met het oog op het toepasselijke recht. In het licht van het onderhavige onderzoek dringt zich in het bijzonder de vraag op in hoeverre semipublieke instellingen als *overheid*sinstellingen kunnen worden aangemerkt. Ter beantwoording van die vraag is in dit onderzoek geanalyseerd hoe naar positief recht in wetgeving en jurisprudentie, met het oog op het toepasselijke recht, onderscheid wordt gemaakt tussen overheid enerzijds en particuliere instellingen anderzijds. Het gaat hier om wetgeving die specifieke overheidsactiviteiten reguleert waarvan de toepassing is beperkt tot de overheid, of die juist niet van toepassing is op de overheid. Aan de orde zijn gekomen de Algemene wet bestuursrecht (hoofdstuk 2), de Wet Nationale ombudsman (hoofdstuk 3), de Archiefwet 1995 (hoofdstuk 4), de Wet openbaarheid van bestuur (hoofdstuk 5), de Algemene wet gelijke behandeling (hoofdstuk 6), de Ambtenarenwet (hoofdstuk 7), de Auteurswet (hoofdstuk 8) en de Comptabiliteitswet 2001 (hoofdstuk 9). Daarnaast is nagegaan hoe het

onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt met het oog op de toepasselijkheid van de grondrechten (hoofdstuk 10) en regels van Europeesrechtelijke origine, zoals het aanbestedingsrecht (hoofdstuk 11), het mededingingsrecht (hoofdstuk 12) en rechtstreekswerkende richtlijnen (hoofdstuk 13).

Voorts is ingegaan op de (vervolg)vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen van toepassing kunnen zijn op semipublieke instellingen die *niet* tot de overheid kunnen worden gerekend. In het bijzonder is ingegaan op de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op semipublieke instellingen die niet als bestuursorgaan in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt (§ 2.3). Daarnaast is de horizontale werking van grondrechten aan de orde gekomen (§ 10.2.3 en § 10.3.3). Daarbij is onderzocht in hoeverre de grondrechten in horizontale zin van toepassing zijn op semipublieke instellingen. Hierbij is nagegaan aan de hand van welk criterium het toepasselijke recht wordt afgebakend en aan de hand van welke gezichtspunten dat criterium wordt geconcretiseerd.

Het onderscheid tussen overheid en particuliere instellingen wordt niet alleen gemaakt met het oog op de afbakening van de toepasselijke normen. Een andere reden waarom het onderscheid wordt gemaakt, houdt verband met de *bestuursrechtelijke rechtsbescherming*. Het gaat hier meer in het bijzonder om de vraag naar de bevoegde rechter: in hoeverre is de bestuursrechter bevoegd het handelen van semipublieke instellingen te beoordelen? Deze vraag is in dit onderzoek meer secundair aan de orde gekomen (hoofdstuk 2).

In hoofdstuk 14 van dit onderzoek is de juridische positie van semipublieke instellingen in Nederland onderworpen aan een rechtsvergelijking met Zuid-Afrika. Daarbij is zowel ingegaan op de vraag naar het toepasselijke recht als de vraag naar de toegang tot de rechter.

Het begrip overheid: een multifunctioneel en contextafhankelijk begrip

In dit onderzoek is met betrekking tot semipublieke instellingen nagegaan hoe het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt met het oog op zowel de toepasselijke rechtsnormen als de toegang tot de rechter. Het onderhavige onderzoek laat derhalve treffend zien dat het onderscheid tussen overheid en niet-overheid met verschillende oogmerken kan worden gemaakt. In die zin is het onderscheid dan ook als *multifunctioneel* te karakteriseren. Daarnaast is het onderscheid tussen overheid en niet-overheid ook binnen de vraag naar het toepasselijke recht multifunctioneel van aard. Zo dient het begrip overheid ter afbakening van bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de WNo, de Wob, de Archiefwet 1995, de grondrechten en regels van Europeesrechtelijke origine zoals de Europese aanbestedingsregels en het mededingingsrecht etcetera.

Gebleken is dat afhankelijk van het oogmerk (of: functie) waarmee het onderscheid tussen overheid en niet-overheid wordt gemaakt, ook verschillende criteria worden gehanteerd. Dit brengt met zich dat er geen enkelvoudig en universeel criterium is aan de hand waarvan het begrip overheid kan worden afgebakend. In de ene situatie wordt een semipublieke instelling als overheid aangemerkt, en in

de andere situatie als particulier; de criteria verschillen afhankelijk van het oogmerk waarvoor de criteria worden gebruikt en dat vormt tevens de reden waarom de uitkomsten per geval verschillen.

We zien dit niet alleen in de Nederlandse rechtsorde. In het Zuid-Afrikaanse recht doet zich hetzelfde voor. De criteria aan de hand waarvan wordt bepaald in hoeverre het handelen van een semipublieke instelling, die niet kan worden aangemerkt als 'organ of state', vatbaar is voor judicial review, zijn niet geheel gelijk aan de criteria ter afbakening van de verticale toepasselijkheid van de Bill of Rights, hoewel de criteria sterke gelijkenissen vertonen. De categorie van private instellingen die onderworpen zijn aan judicial review, is ruimer dan de categorie private instellingen waarop de Bill of Rights verticaal van toepassing is. Ook hier kunnen de verschillen worden verklaard vanuit de verschillende oogmerken waarvoor de criteria worden gehanteerd.

De vaststelling van de reikwijdte en de invulling van het overheidsbegrip is mede afhankelijk van de context. Dit betekent dat het onderscheid tussen overheid en niet-overheid tevens *contextafhankelijk* van aard is. De context wordt in de eerste plaats bepaald door de *aard* van de *juridische omgeving*. Zo gelden voor het Europese aanbestedingsrecht andere criteria dan voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de tweede plaats wordt de context mede bepaald door de context van de verschillende *landen*, in dit onderzoek Nederland en Zuid-Afrika. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat de criteria die in beide landen worden gebruikt ter afbakening van de toegang tot de rechter en het toepasselijke recht een uiteenlopende inhoud hebben. Het springt in het oog dat de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure en de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen met betrekking tot semipublieke instellingen in Zuid-Afrika *ruimer* is dan in Nederland.

Een belangrijk gevolg van het multifunctionele contextgevoelige karakter van het overheidsbegrip is dat met name geen eenduidig antwoord gegeven kan worden op de vraag in hoeverre semipublieke instellingen publiekrechtelijk worden genormeerd. Het antwoord op die vraag is namelijk afhankelijk van de juridische omgeving waarin de betrokken normen fungeren. Daardoor zijn sommige publiekrechtelijke normen wel van toepassing op semipublieke instellingen, maar andere normen juist weer niet. Dit blijkt ook uit de casestudies die in dit onderzoek zijn gemaakt van enerzijds de woningcorporaties (toegelaten instellingen) en anderzijds ProRail. Zo is ProRail niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar wel aan de Europese aanbestedingsregels.

Uit de analyse van de verschillende overheidsbegrippen blijkt overigens dat niet altijd even duidelijk is *waarom* het door de wetgever of rechter gekozen criterium het juiste criterium is in het licht van het oogmerk van het begrip en de context waarin het begrip functioneert. Het is opmerkelijk dat de Europese rechters, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie, zich bij de keuze voor het juiste criterium (of de interpretatie daarvan) doorgaans wel expliciet rekenschap geven van de functie en de juridische context.

Materiële en formele criteria

De criteria aan de hand waarvan de verschillende overheidsbegrippen in onze rechtsorde worden gedefinieerd, kunnen worden onderscheiden in twee typen, namelijk: materiële en formele criteria. *Materiële* criteria hebben betrekking op de inhoud van de handelingen die de betrokken semipublieke instelling verricht, ongeacht de interne organisatiestructuur of de invloed die entiteiten buiten de instelling hierop kunnen uitoefenen. *Formele* (of: institutionele of organisatorische) criteria zien uitsluitend op de vraag wie handelt; het heeft betrekking op de organisatie (inclusief de invloed van buitenstaanders vooraf en achteraf, en de financiering).

Vanuit rechtszekerheidsoogpunt zou het aantrekkelijk zijn over een formeel overheidsbegrip te beschikken. Voor een daadwerkelijk effectief overheidsbegrip lijkt het echter onvermijdelijk dat het formele criterium wordt *aangevuld* met een materieel criterium. Niet voor niets is in dit onderzoek gebleken dat ter afbakening van het begrip overheid meestal een combinatie van zowel materiële als formele (of: organisatorische) criteria wordt gehanteerd.

Opmerkelijk is dat verschillende malen is gebleken dat daar waar ogenschijnlijk wordt uitgegaan van een materieel criterium, toch ook formele factoren een rol spelen. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking bij het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Het b-orgaanbegrip, dat uitgaat van het materiële criterium 'openbaar gezag', wordt soms ook bepaald door formele, organisatorische omstandigheden. Te denken valt aan de Silicose-jurisprudentie, ook wel publieke taak-jurisprudentie genoemd. Op grond van deze rechtspraak wordt openbaar gezag aangenomen, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat, als een private rechtspersoon: (1) een publieke taak uitoefent; (2) de gelden waarmee hij zijn activiteiten financiert in overwegende mate van de overheid afkomstig zijn (financiële relatie); (3) de overheid invloed heeft – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de gelden worden besteed (inhoudelijke relatie) en; (4) de activiteiten bestaan uit presterend bestuur, waardoor de private rechtspersoon als het ware fungeert als doorgeefluik tussen overheid en burger. Het concept van de publieke taak lijkt hierbij echter op zichzelf niet van betekenis. Bepalend in deze jurisprudentie is niet zozeer het materiële publieke taak criterium, maar vooral formele organisatorische elementen zoals de financiële en inhoudelijke relatie met de overheid. Ook in het Zuid-Afrikaanse recht wordt op het eerste oog primair uitgegaan van een materiële benadering; een handeling van een semipublieke instelling is vatbaar voor judicial review dan wel onderworpen aan de Bill of Rights als het gaat om de uitoefening van een 'public function'. Gebleken is evenwel dat dit materiële criterium mede wordt ingevuld door formele, institutionele gezichtspunten. Dit betekent dat ook hier de materiële benadering sterk kan worden gerelativeerd. Het lijkt er op dat de rechter, zowel in Nederland als in Zuid-Afrika, vanwege de vaagheid van het concept publieke taak of 'public function', nauwelijks in staat is daaraan een materiële invulling te geven en genoodzaakt is terug te vallen op formele, institutionele factoren.

Harmoniseren en systematiseren waar mogelijk, differentiëren waar nodig
De multifunctionele en contextafhankelijke benadering brengt als gezegd met zich dat een semipublieke instelling in de ene context als overheid wordt beschouwd en in de andere context als particulier. Dit kan in concreto natuurlijk de juiste keuze zijn, maar het komt ook voor dat de criteria onnodig verschillen. Dit staat op gespannen voet met het streven naar een zo consistent mogelijk rechtssysteem. Er zou naar gestreefd moeten worden deze discongruentie zoveel mogelijk te voorkomen. Het verdient daarom aanbeveling dat zowel de wetgever als de rechter zoveel mogelijk streven naar harmonisatie en systematisering van overheidsbegrippen. Daarbij zou moeten gelden dat overheidsbegrippen die vergelijkbare functies hebben zoveel mogelijk worden aangeduid met dezelfde termen en materieel worden afgebakend aan de hand van uniforme criteria. Wat betreft terminologie zou hierbij het bestuursorgaanbegrip zoals geformuleerd in artikel 1:1 lid 1 van de Awb tot uitgangspunt moeten worden genomen. Maar er moet ook ruimte zijn voor differentiatie als de functie of de juridische context van het betreffende begrip daartoe aanleiding geven. In dat geval zal de wetgever wel dienen te motiveren waarom een ander criterium dan openbaar gezag het juiste criterium is in verband met de functie die het criterium binnen de betrokken juridische context vervult. Kortom: harmoniseren en systematiseren waar mogelijk, (gemotiveerd) differentiëren waar nodig.

Beëindiging Silicose-jurisprudentie
In hoofdstuk 2 is uiteengezet dat de bestuursrechter zijn bevoegdheid heeft uitgebreid naar semipublieke instellingen die over buitenwettelijk openbaar gezag beschikken. Deze uitbreiding bracht ook een uitbreiding van de toepasselijke publiekrechtelijke rechtsnormen met zich. De jurisprudentie die in dit kader tot ontwikkeling is gekomen, wordt wel aangeduid als *Silicose-jurisprudentie*. Op grond van deze rechtspraak wordt openbaar gezag aangenomen, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat, als een private rechtspersoon: (1) een publieke taak uitoefent; (2) de gelden waarmee hij zijn activiteiten financiert in overwegende mate van de overheid afkomstig zijn (financiële relatie); (3) de overheid invloed heeft – meestal door goedkeuring – op de criteria waarlangs de gelden worden besteed (inhoudelijke relatie) en; (4) de activiteiten bestaan uit presterend bestuur, waardoor de private rechtspersoon als het ware fungeert als doorgeefluik tussen overheid en burger.

De Silicose-jurisprudentie verdient naar mijn mening geen navolging en de toepassing ervan moet worden beëindigd. Weliswaar is de Silicose-jurisprudentie op het eerste gezicht aantrekkelijk, omdat de rechter bestuursrechtelijke rechtsbescherming biedt in de situatie dat de overheid gebruikmaakt van een private rechtspersoon. Desondanks zijn tegen de Silicose-jurisprudentie verschillende bezwaren in te brengen die aan de toepassing van die jurisprudentie in de weg staan. Een punt van kritiek is dat de Silicose-rechtspraak leidt tot *rechtsonzekerheid*, niet alleen voor de op het grensvlak opererende private rechtspersonen, maar met name ook voor de burger. Dit wordt veroorzaakt door de *vaagheid* van de Silicose-criteria. De criteria zijn betrekkelijk open waardoor niet duidelijk is hoever de

criteria reiken. De criteria hebben derhalve onvoldoende onderscheidend vermogen. De vaagheid geldt in het bijzonder voor de eis dat sprake moet zijn van de uitoefening van een publieke taak. Dit maakt de publieke taak *ongeschikt* om te functioneren als criterium ter afgrenzing van de toegang tot de bestuursrechter. Daar komt bij dat de *herkenbaarheid van de overheid* in het gedrang komt, doordat de rechter door middel van de Silicose-rechtspraak goedkeurt dat de overheid zich hult in de privaatrechtelijke jas. Ten slotte wordt de Silicose-jurisprudentie in strijd geacht met het *legaliteitsbeginsel*. Zij vindt immers toepassing in gevallen waarin een wettelijke grondslag voor het handelen ontbreekt.

Het verdient aanbeveling dat Silicose-constructies voortaan worden voorzien van een adequate wettelijke grondslag. Tot het zover is, ben ik van mening dat men er als voorlopig alternatief voor kan kiezen de Silicose-constructie *tijdelijk* te duiden als mandaat en de beslissingen van de private rechtspersoon aan het achterliggende overheidsorgaan toe te rekenen. Op die manier kan de rechter bestuursrechtelijke rechtsbescherming bieden en wordt de constructie (tijdelijk) omgezet in een rechtsfiguur waarvan de juridische status en gevolgen uitgekristalliseerd zijn.

Uitbreiding bestuursorgaanbegrip met overwegende invloed

Semipublieke instellingen die onder overwegende overheidsinvloed staan, moeten publiekrechtelijk genormeerd worden. Daartoe dient de wetgever het criterium van overwegende overheidsinvloed op te nemen in de definitie van het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 Awb. Voor de duidelijkheid, dit criterium fungeert dan als *extra* criterium naast het reeds bestaande criterium van openbaar gezag. Op die manier kan worden voorkomen dat de overheid via privaatrechtelijke vormgeving publiekrechtelijke normering omzeild. Mocht publiekrechtelijke normering in dat geval belemmeringen opleveren voor de privaatrechtelijke taakbehartiging van de betrokken semipublieke instelling, dan biedt artikel 1:3 lid 2 Awb voldoende mogelijkheden voor een genuanceerde toepassing van de publiekrechtelijke normen. De uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip naar private instellingen met overwegende invloed, heeft niet alleen gevolgen voor de toepasselijke normen. Niet is uitgesloten dat de beoogde uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip eveneens leidt tot een uitbreiding van de *bestuursrechtelijke rechtsbescherming*, bijvoorbeeld in het kader van subsidiëring.

Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn

Wanneer de door mij voorgestelde uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip door de wetgever wordt overgenomen, dan zou een aanzienlijk deel van de problemen zijn opgelost. Een belangrijk gedeelte van de semipublieke instellingen dat onder het huidige recht buiten de boot valt qua publiekrechtelijke normering, is dan immers wel aan publiekrechtelijke normen onderworpen. Voor het geval dat de uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip naar private instellingen met overwegende overheidsinvloed niet door de wetgever wordt overgenomen, is in dit

onderzoek nog ingegaan op de vraag in hoeverre publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van toepassing zouden moeten zijn op semipublieke instellingen die *niet* de status hebben van bestuursorgaan. Nagegaan is of het behartigen van een publieke taak dan wel het bekleden van een machtspositie mogelijk aanleiding kunnen vormen voor een dergelijke publiekrechtelijke normering. Het publieke taak-criterium en het criterium macht zijn ongeschikt gebleken om te kunnen dienen als afbakeningscriteria voor publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die geen bestuursorgaan zijn. Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen die niet kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan dient te worden gerealiseerd via een bijzondere wettelijke regeling, waarbij de normering wordt toegesneden op de betrokken semipublieke instelling en niet verder gaat dan noodzakelijk is. Dat betekent niet dat de overheid direct tot ingrijpen dient over te gaan. Eerst zal moeten worden geïnventariseerd in hoeverre reeds aan het gewenste beschermingsniveau is voldaan, bijvoorbeeld door middel van zelfregulering of via inkleuring van open normen van het privaatrecht met op publiekrechtelijke normen gelijkende beginselen ('congruentie'). Pas als dit tekortschiet, komt overheidsregulering in beeld.

Summary

Semi-public entities
The legal position of private entities at the borderline between government and society

Semi-public entities

In the Netherlands today, as in many states, the performance of the public function is not restricted to the government. Over the past thirty years the Dutch state has been moving towards privatizing public services such as electricity and transport. This privatization trend – mainly driven by a desire for efficiency – means that public functions are increasingly being performed by private entities. This has resulted in the creation of a special category of private bodies, referred to here as semi-public entities. The central aim of this thesis is to examine how these semi-public entities are positioned in the Dutch legal system.

For the purposes of this thesis semi-public entities are defined as private bodies that perform an element of a public function or are institutionally linked to 'classical' governmental authorities. Institutional relationships can exist through governmental shareholdings or the government's power to give instructions, to approve decisions of the private entity or to appoint or dismiss its directors. Government funding can also be seen as constituting an institutional relationship. Another important characteristic of semi-public entities is their performance of a public function. Semi-public entities are therefore situated at the intersection of public and private law, and this raises questions about the divide between the two areas of law. These questions can be differentiated and broken down into two sub-questions.

Applicability of public law standards and administrative judicial protection

Firstly, questions arise regarding the *applicability of substantive law standards*. The performance of a public function is, in principle, regulated by public law standards. Is this also the case when private institutions perform a public function? The private law nature of semi-public entities means it is not self-evident that such bodies should conform to public law standards. The basic assumption in administrative law is that such norms apply in any event to the government. This raises the question as to what extent semi-public entities, too, can be considered to be 'government' and therefore governed by public norms. More generally it prompts questions about the composition and mixture of the applicable law standards in situations in which private institutions perform public functions, even when legally they cannot be considered part of the government.

This thesis analyses how the concept of government is defined in the Dutch legal system in order to determine the applicability of public law standards. The specific focus is on whether semi-public entities are considered to be 'government' from a legal perspective and therefore governed by public law standards. To analyze the concept of government with regard to the applicability of public law standards, the thesis draws on case law and legislation such as the General Administrative Law Act (GALA; applicability of the general principles of proper administration, chapter 2), the National Ombudsman Act (chapter 3), the Public Records Act 1995 (chapter 4), the Government Information (Public Access) Act (chapter 5), the Equal Treatment Act (chapter 6), the Government Personnel Act (chapter 7), the Copyright Act (chapter 8) and the Government Accounts Act 2001 (chapter 9). It also examines how the concept of government is defined with regard to the applicability of national and international human rights (chapter 10), the EU procurement rules (chapter 11), EU competition law (chapter 12) and the direct effect of EU directives (chapter 13).

The next question arising is the extent to which public law standards apply to semi-public entities that *cannot* be considered to be legally part of the government. The thesis therefore specifically examines whether the general principles of proper administration (GPPA) apply to semi-public entities that cannot be considered to be administrative authorities within the meaning of the GALA (§ 2.3), as well as analyzing whether human rights apply *horizontally* to semi-public entities (§ 10.2.3 and § 10.3.3).

Questions concerning *access to justice* are then examined. In principle, an ordinary procedure is applicable to the actions of private bodies. If, however, a public function is performed by a private body, the case may be susceptible to administrative judicial protection. This raises the question of how the concept of government is defined for the purposes of demarcating administrative judicial procedures, and to what extent semi-public entities' actions are amenable to such procedures. This question is examined in chapter 2.

Chapter 14 compares the legal position of semi-public entities in the Netherlands with those in South Africa. Here, too, the question of the extent to which substantive public law standards apply to semi-public entities, and whether their conduct is susceptible to administrative judicial procedures, is analyzed.

The concept of government: a multifunctional and context-dependent concept

This thesis examines how the concept of government (or, in other words, the distinction between government and private parties) is defined with regard to semi-public entities for the purpose, on the one hand, of defining the applicability of public law standards and, on the other hand, for demarcating access to administrative justice (more particularly: for defining the competence of the administrative courts). The concept of government as established in Dutch law is clearly shown to be used for several purposes and so can be characterized as *multifunctional*. The concept is also multifunctional in nature as far as the applicability of substantive public norms is concerned, given the variety of situations in which it is deployed. These include demarcating the GPPA, the National Ombudsman Act,

the Government Information (Public Access) Act, human rights, and rules of EU origin such as the EU procurement rules and competition law.

The criteria used to distinguish between government and private parties were consequently found to depend on the purpose of the distinction; in this case, therefore, access to administrative judicial protection, or the applicable standards. There is no single, all-embracing criterion for defining the concept of government. In one situation the semi-public body is of a public law nature, whereas in another situation it is not. The criteria applied differ, which is why the outcomes in specific cases also differ.

The same results were found in South African law. Although the two sets of criteria strongly resemble each other, the criteria used to determine whether an action of a semi-public body, other than an organ of state, is amenable to judicial review are not exactly the same as those used to determine whether the country's Bill of Rights is vertically applicable. The category of private bodies subject to judicial review is also broader than the category of private bodies to which the Bill of Rights vertically applies. Again, the differences can be explained by the different purposes for which the various criteria are used.

As well as by their purpose, the contents of these criteria are determined by the context in which the criteria are used. That is why the concept of government is designated both as multifunctional and *context-dependent*. These contexts can vary quite considerably. Firstly, the context is determined by the nature of the *legal issue*. The criteria used, for example, to determine the applicability of EU procurement rules differ considerably from those used to demarcate the applicability of the GPPA. The context is also determined by the context of the different *countries* examined in this thesis: the Netherlands and South Africa. The comparative analysis between the two countries' legal systems showed that the criteria used to determine the applicability of public law norms and the scope of administrative judicial procedures in South Africa differed considerably from those in the Netherlands, with the category of semi-public bodies required to apply such norms and procedures in South African law being more extensive than in Dutch law.

An important consequence of the multifunctional and context-dependent nature of the concept of government is that there is no unequivocal answer to the question of whether public law standards apply to semi-public entities. Instead, the answer depends on the legal environment in which the substantive norms are applied. Therefore certain public law standards are applicable to semi-public entities, whereas others are not. This was also the conclusion reached on the basis of the case studies used in this thesis and the examination of social housing corporations and ProRail, which is responsible for maintaining the Dutch railway network. The latter, for example, is not bound by the GPPA, whereas it is certainly subject to the EU procurement rules.

It was found not always to be clear *why* the criterion chosen by the legislator or the courts to define the concept of government was considered the most appropriate criterion in the light of the purpose for which the concept was used and the context in which it functioned. Remarkably, however, the European courts – the European Court of Human Rights and the European Court of Justice – take

explicit account of the particular purpose and legal context when formulating a criterion to define the concept of government.

Functional and institutional criteria

Two types of criteria are used to define the various concepts of government in the Dutch legal order: criteria of a functional nature (i.e. the public character of the conduct is determinative) and those of an institutional nature (a governmental shareholding, governmental control or public funding, for example). In my opinion, a combination of functional and institutional criteria is in any event needed to ensure that public law regulation (e.g. substantive public law standards and administrative judicial protection) is effectively implemented. The use of only functional or only institutional criteria is regarded as inadequate as some actions will then fall outside the scope of public law regulation. Not surprisingly, therefore, it was found that functional criteria and institutional criteria tended indeed to be used in conjunction with each other.

Interestingly, it was found that when the criterion used was of a functional nature, it was usually interlarded with institutional factors. The criterion used, for example, in the GALA to classify the actions of a semi-public entity as either public or private appears to be of a functional nature ('a person or body vested with public authority'; see Article 1:1(1)(b) GALA): what matters is not so much the functionary as the function. A closer reading shows, however, that all kinds of institutional factors sometimes also play a decisive role. A good example of this can be found in the case law on semi-public entities providing financial support (such as subsidies) to citizens. In this case law – also referred to as the 'Silicosis case law' because of the landmark case involving Stichting Silicose Oud Mijnwerkers – the administrative courts have accepted the absence of a statutory basis for a public authority. Dutch case law regards these kinds of semi-public entities as administrative authorities within the meaning of Article 1:1(1)(b) GALA, and therefore subject to the GPPA and administrative law procedures, if: (1) they perform a public function, (2) the subsidies are mainly publicly funded, and (3) a 'classical' administrative authority has determined or approved the criteria for providing them.[1] The public nature of the function as such was not found to be determinative; instead, public funding and substantive governmental involvement were found to be the true deciding factors. This can also be observed in South African law. At first sight, a functional approach is used, whereby the semi-public entity has to be performing a public function, both for the applicability of administrative law judicial review and for direct vertical application of the Bill of Rights. This functional criterion ('public function'), however, was found to be interlarded with institutional factors. This

1 It is argued in section 15.4 that this case law should be terminated as the vagueness of the criteria used creates legal uncertainty, particularly in the case of the 'public function' criterion. These criteria are therefore seen as unsuitable for defining the competence of the administrative courts (i.e. access to administrative justice). The case law is also contrary to the principle of legality ('*legaliteitsbeginsel*') because it involves the administrative courts accepting the absence of a statutory basis for an administrative authority.

aspect relativizes the functional approach in both Dutch and South African law, possibly because the functional criteria, such as the public function, are so vague that no definitive meaning can be assigned to them, and the courts are thus forced to resort to factors of an institutional nature.

Harmonize and systematize where possible, differentiate where necessary

As explained above, the consequence of the multifunctional and context-dependent approach is that a semi-public entity is considered to be part of government in one context and as a purely private party in the other. Although this can obviously be the right choice in a particular case, the criteria used may also diverge unnecessarily. This would not appear to be compatible with the aim of seeking to maintain a consistent legal system. The extent to which criteria diverge should consequently be minimized, with the legislator and the courts advised to harmonize and systematize the concept of government wherever possible, and to take into account that, as far as possible, the same terms and uniform criteria should be used to indicate 'concepts of government' with a similar purpose. With regard to terminology, the concept of 'administrative authority' as defined in Article 1:1(1) GALA should be taken as the point of departure. On the other hand, the possibility of differentiation should also be available if this is appropriate for the function and context of the particular concept of government. The legislator should then motivate why a criterion other than 'public authority' as used in Article 1:1(1)(b) GALA is the right criterion for the function in the particular legal context. To put it briefly: harmonize and systematize where possible, differentiate where necessary.

Administrative authority and governmental management supervision

The Dutch GPPA apply only to semi-public entities that can be regarded as administrative authorities within the meaning of Article 1:1(1)(b) of the GALA ('a person or body vested with public authority'). As the law stands, the criterion of governmental management supervision is not a general criterion for determining the concept of an administrative authority. This thesis argues that substantive public law standards, such as the GPPA, should apply also to semi-public entities that are subject to governmental management supervision. The criterion of governmental management supervision should, therefore, be incorporated, as an additional criterion, into the definition of an administrative authority within the meaning of Article 1:1(1) GALA so as to prevent the government from using entities with a private legal form to avoid public law regulation. To the extent that public law regulation of semi-public entities subject to governmental management supervision obstructs the exercising of these entities' *private* functions, a balanced application of the substantive public law standards is provided for in Article 1:3(2) GALA. It should be noted that extending the concept of an administrative authority to semi-public entities that are subject to governmental management supervision not only has consequences for the applicable legal standards; it is quite possible that the actions of such semi-public entities will also be amenable to administrative judicial procedures, for example in cases involving the provision of subsidies to citizens,

as these actions may be considered to constitute 'decisions' (*'besluiten'*) within the meaning of Article 1:3 GALA that are taken by an administrative authority and so open to appeal in the administrative court (Article 8:1 GALA).

Applicability of substantive public law standards and non-administrative authorities
This thesis lastly examines whether substantive public law standards in general, and the GPPA in particular, apply also to semi-public entities that cannot be considered to be administrative authorities. It specifically examines whether the performing of a public function or position of power gives rise to the application of substantive public law standards. The criteria of public function and power were found to be unsuitable for determining whether substantive public law standards apply to semi-public entities that cannot be regarded as administrative authorities. Such semi-public entities, performing a public function, should be made subject to public law regulation through special legislation that is tailored to the conditions of the relevant semi-public entity and that does not go beyond what is necessary. Rather than the government taking this to mean that it should immediately interfere with the regulation of semi-public entities, it should first examine whether its desired level of legal safeguards is already satisfied by means, for example, of self-regulation. Only if this self-regulation does not come up to scratch will governmental regulation be appropriate.

Literatuurlijst

Algemene Rekenkamer 2008

Algemene Rekenkamer, *Bestuur op afstand in beeld*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2008, te raadplegen via www.rekenkamer.nl.

Algemene Rekenkamer 2008a

Algemene Rekenkamer, *Kaders voor toezicht en verantwoording. Uitgangspunten, redeneerlijnen en handreikingen van de Algemene Rekenkamer*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2008, te raadplegen via www.rekenkamer.nl.

Algemene Rekenkamer 2011

Algemene Rekenkamer, *Besteding van spoorbudgetten door ProRail*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2011, te raadplegen via www.rekenkamer.nl.

Algemene Rekenkamer 2011a

Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen*, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4.

Algemene Rekenkamer 2012

Algemene Rekenkamer, *Verantwoording en toezicht bij organisaties op afstand van het Rijk. Achtergronddocument 2012*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2012, te raadplegen via www.rekenkamer.nl.

Algera 2004

W.T. Algera, 'Duitse ziekenfondsverenigingen (AOK e.a.) / geneesmiddelenfabrikanten, HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01', *Markt & Mededinging* 2004, p. 139-147.

Alkema 1995

E.A. Alkema, 'Deel I. De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies', in: E.A. Alkema e.a, *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 125e jaargang/1995-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 2-129.

Allison 2000

J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2000.

Annotaties CW 2001

Annotaties Cw 2001, Den Haag, december 2009 (naslagwerk voor medewerkers van de Algemene Rekenkamer), n.g.

Arrowsmith 2004

S. Arrowsmith, 'The entity coverage of the EC procurement directives and UK regulations: a review', *Public Procurement Law Review* 2004, 2, p. 59-86.

Van den Assem 2006

F.A. van den Assem, 'De woningcorporatie als aanbestedende entiteit', *BR* 2006, 196.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III*. Algemeen overeenkomstenrecht. Dertiende druk*, Deventer: Kluwer 2010.
Asser/Hartkamp 3-I* 2011
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I*. Europees recht en Nederlands vermogensrecht. Tweede druk*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Baalen 2006
S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006.
Balkenende 1992
J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties* (diss. Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992.
Barkhuysen & Bos 2011
T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011, p. 3-34.
Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011
T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht', *NTBR* 2011/68.
Barkhuysen & Van Emmerik 2005
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Kluwer 2005, p. 1-101.
Barkhuysen & Van Emmerik 2011
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
Baxter 1984
L. Baxter, *Administrative Law*, Cape Town/Wetton/Johannesburg: JUTA & Co. LTD 1984.
De Beaufort 1932
H.L. De Beaufort, *Auteursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1932.
Beek & Van Diepen 1999
T.J. Beek & E. van Diepen, 'De status van werknemers/ambtenaren bij overheidsstichtingen', *Stichting & Vereniging* 1999, p. 22-28.
Beekers 2012
W. Beekers, *Het bewoonbare land. Geschiedenis van de volkshuisvestingsbeweging in Nederland* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Boom 2012.
Beers 1987
A.A.L. Beers, *Commentaar op het voorstel voor een nieuwe Wet openbaarheid van bestuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Bense & Zijlstra 1994
M. Bense & S.E. Zijlstra, 'Het begrip bestuursorgaan', *NTB* 1994, p. 253-270.
Van den Berg 2012
A. van den Berg, *Integriteitsbeoordelingen in advocatuur, notariaat en accountancy* (diss. Amsterdam VU), Den Bosch: UitgeverijBOCPress 2012.
Ten Berge 1991
J.B.J.M. ten Berge, 'Functioneel bestuur in de Awb: onscherp en net niet ver genoeg', *NTB* 1991, p. 121-122.
Ten Berge 1993
J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
Ten Berge & Michiels 2001
J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
Ten Berge & De Ru 1991
J.B.J.M. ten Berge & H.J. de Ru, 'Overheid en privaatrechtelijke organisatievorming', in J.B.J.M. ten Berge e.a., *Privaatrechtelijke organisatievorming in het brandpunt* (preadvies Rbb), 1991, p. 1-51.
Ten Berge & Zijlstra 2000
J.B.J.M. ten Berge & S.E Zijlstra, 'De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen NJV 130e jaargang/2000-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 2-101.
Besemer 2007
J.W.J. Besemer, 'Horizontaal verantwoorden', *NTB* 2007, p. 195-203.
Bishop & Woolman (losbl.)
M. Bishop & S. Woolman, '24A Public Protector', in: S. Woolman & M. Bishop (red.), *Constitutional Law of South Africa (Second Edition)*, Cape Town: Juta (losbl.).
Black 1996
J. Black, 'Constitutionalising Self-Regulation', *The Modern Law Review* (59) 1996-1, p. 24-55.
Black 1998
J. Black, 'Reviewing Regulatory Rules: Responding to Hybridisation', in: J. Black, P. Muchlinski & P. Walker (red.), *Commercial Regulation and Judicial Review*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 123-157.
Bodasing (losbl.)
A. Bodasing, '23A Public Administration', in: S. Woolman & M. Bishop (red.), *Constitutional Law of South Africa (Second Edition)*, Cape Town: Juta (losbl.).
Du Bois 2004
F. du Bois, 'Introduction: History, System and Sources', in: C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis (red.), *Introduction to the Law of South Africa*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 1-53.
Bökkerink 1998
M.R. Bökkerink, 'De uitoefening van publiekrechtelijke taken door privaatrechtelijke rechtspersonen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 291-307.

Bolton 2007
P. Bolton, *The Law of Government Procurement in South Africa*, Durban: LexisNexis Butterworths 2007.
Bolton 2010
P. Bolton, 'The regulation of preferential procurement in state-owned enterprises', *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg/Journal of South African Law (TSAR)* 2010, p. 101-118.
Bovens & Schillemans 2009
M. Bovens & T. Schillemans (red.), *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag: Lemma 2009.
Brenninkmeijer & Van Hoogstraten 2008
A.F.M. Brenninkmeijer & W.J. van Hoogstraten, 'De architectuur van behoorlijk bestuur. De bijdrage van de Nationale ombudsman aan behoorlijk bestuur in 25 jaar', *NTB* 2008, p. 33-39.
Broeksteeg 2006
J.L.W. Broeksteeg, 'Ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganen', in: J.W.L. Broeksteeg, J.Th.J. van den Berg & L.F.M. Verhey (red.), *Ministeriele verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 87-96.
Broeksteeg 2011
H. Broeksteeg, 'Over 'vergeten' initiatiefvoorstellen', *NJB* 2011, 1874.
Buendia Sierra 1999
J.L. Buendia Sierra, *Exclusive rights and state monopolies under EC law. Article 86 (former article 90) of the EC treaty*, Oxford: Oxford University Press 1999.
Van der Burg 1968
F.H. van der Burg, 'Algemene bepalingen van administratief recht', *NJB* 1968, p. 756-763.
Van der Burg & Voermans 2012
F.H. van der Burg & W.J.M. Voermans, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2012.
Burkens 1989
M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
Burkens e.a. 2012
M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2012.
Burns 1998
Y. Burns, 'Government Contracts and the Public/Private Law Divide' (1998) 13 *SA Public Law* 234.
Van Buuren 1997
P.J.J. van Buuren, 'Definities in de Algemene wet bestuursrecht', in: M. Herwijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid. Opstellen voor prof. mr. M. Scheltema*, Deventer: Kluwer 1997, p. 59-71.

Cane 2004
P. Cane, *Administrative Law* (Fourth Edition), Oxford: University Press 2004.

Cheadle & Davis 1997
H. Cheadle & D. Davis, 'The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere', *South African Journal on Human Rights* (13) 1997-1, p. 44-66.
Cherednychenko 2004
O. Cherednychenko, 'Verplichting patiënt tot verlenen medewerking aandoor (tand) arts verlangd bloedonderzoek? Noot bij HR 12 december 2003, nr. C02/193 HR, JOL 2003, 652', *NTBR* 2004, p. 188-194.
Cherednychenko 2007
O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions* (diss. Utrecht), München: Sellier European Law Publishers 2007.
Cherednychenko 2007a
O. Cherednychenko, 'Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?', *Utrecht Law Review* (3) 2007-2, p. 1-25.
Cherednychenko 2011
O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank', in: C.E.C. Jansen e.a., *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 121-145.
Clapham 2006
A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford: Oxford University Press 2006.
Cockrell 1993
A. Cockrell, 'Can You Paradigm? - Another Perspective on the Public Law/Private Law Divide', *Acta Juridica* 1993, p. 227-247.
Commissie van der Grinten 1958
Verslag van de Commissie van Advies inzake Overheidsstichtingen, Den Haag: Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf 1958.
Commissie Scheltema 1987
Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht. Eerste deel*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1987.
Commissie Scheltema 1993
Commissie Scheltema, *Steekhoudend Ministerschap. Betekenis en toepassing van de ministeriële verantwoordelijkheid* (*Kamerstukken II* 1992/93, 21 427, nr. 40 en 41).
Commissie Scheltema 1999
Commissie Scheltema, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Den Haag 1999.
Commissie Wijfels 2006
Rapport van de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming, Den Haag 2006.
Craig 1997
P. Craig, 'What is public power?', in: H. Corder & T. Maluwa, *Administrative Justice in Southern Africa. Proceedings of the Workshop on 'Controlling Public Power in Southern Africa' held in Cape Town, South Africa, 8-11 March 1996*, University of Cape Town: Department of Public Law 1997.
Craig 1997a
P. Craig, 'Public Law and Control over Private Power', in: M. Taggart (red.), *The Province of Administrative Law*, Oxford: Hart Publishing 1997, p. 196-216.

Currie & De Waal 2005
I. Currie & J. de Waal, *The Bill of Rights Handbook* (Fifth Edition), Claremont: Juta & Company Ltd 2005.
Curry-Sumner e.a. 2010
I. Curry-Sumner, *Onderzoeksvaardigheden. Instructie voor juristen*, Nijmegen: Ars Aqui Libri 2010.
Curtin 1990
D. Curtin, 'The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context', *European Law Review* 1990, p. 195-223.

Daalder 2001
E.J. Daalder, Interventie, in: *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 125), Den Haag: BJu 2001, p. 36.
Daalder 2005
E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2005.
Daalder 2011
E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: BJu 2011.
Damen 1987
L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1987.
Damen 1995
L.J.A. Damen, 'De afgekeurde keurder', *AA* 1995, p. 794-801.
Damen 2007
L.J.A. Damen, 'Bestuursorgaan, belanghebbende, besluit: meer rechtseenheid?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 21-43.
Damen I 2013
L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 1*, Den Haag: BJu 2013.
Damen II 2012
L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag: BJu 2012.
Dekker & Hameleers 2012
C.T. Dekker & E. Hameleers, 'Aansprakelijkheid wegens schendig van de Wet Markt en Overheid', *O&A* 2012, 85.
Dijkman-Uulders 2012
J.M. Dijkman-Uulders, 'Toegelaten instellingen en het (Europese) staatssteunrecht', *Tijdschrift huurrecht in praktijk* 2012, p. 202-205.
Van der Does & Snijders 2001
J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (Monografieën Nieuw BW, A26), Deventer: Kluwer 2001.
Drexhage 2007
E.C. Drexhage, 'Het bereik van de Nationale ombudsman', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Werken aan behoorlijkheid. De Nationale ombudsman in zijn context*, Den Haag: BJu 2007, p. 327-349.

Droogleever Fortuijn 1979
E. Droogleever Fortuijn, 'Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 37-47.

Duk 1978
W. Duk, 'De zachte kern van het bestuursrecht', *Themis* 1978, p. 564-587.

Duk 1981
W. Duk, 'Administratief personenrecht', in: W. Duk, R.W.L. Loeb & P. Nicolaï, *Bestuursrecht* (Bowar-boek), Amsterdam: Stichting BOWAR: Scheltema, Holkema, Vermeulen B.V. 1981, p. 1-30.

Dutmer 2010
L.A. Dutmer, 'Woningcorporaties aanbestedingsplichtig? Nieuwe ontwikkelingen', *TBR* 2010, 142.

Eijlander & Voermans 2000
P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: BJu 2000.

Eijsbouts e.a. 2010
A.J.A.J. Eijsbouts e.a, 'Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?', in: A.J.A.J. Eijsbouts e.a., *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen NJV 140e jaargang/2010-I), Deventer: Kluwer 2010, p. 1-37.

Elferink 1998
M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke status en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Emaus 2010
J.M. Emaus, 'Verkenningen in en rondom *the borderland between private and public acts*', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat* (Staatsrechtconferentie 2009, Universiteit van Utrecht), Nijmegen: WLP 2010, p. 59-69.

Emaus 2013
J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2013.

Van Emmerik 2010
M. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaat- en publiekrecht', *O&A* 2010, p. 69-74.

Engelhard 2010
E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het "grijze" gebied', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat* (Staatsrechtconferentie 2009, Universiteit van Utrecht), Nijmegen: WLP 2010, p. 11-58.

Erasmus 2004
H.J. Erasmus, 'Law of Civil Procedure', in: C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis (red.), *Introduction to the Law of South Africa*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 431-445.

Essers 2006
M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor nutsbedrijven. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid onder het nieuwe aanbestedingsrecht*, Den Haag: Elsevier Overheid 2006.

Essers 2013
M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Amsterdam: Reed Business Education 2013.

Fernhout 2002
R. Fernhout, 'De Nationale ombudsman en de Awb', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler* (Drupsteen-bundel), Kluwer 2002, p. 163-180.

Ferreira 1990
G.M. Ferreira, 'Enkele gedagtes oor die onderskeid tussen publiek- en privaatreg in die Suid-Afrikaanse reg', *SA Publiekreg/Public Law* (5) 1990, p. 50-65.

Freriks 2008
A.A. Freriks, 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: BJu 2008, p. 163-229.

Gaastra 2002
F.S. Gaastra, *De geschiedenis van de VOC*, Zutphen: p/a Walburg Pers 2002.

Gerards 2002
J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002.

Gerards 2011
J.H. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerbrandy 1988
S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint bv 1988.

Gerbrandy & Hessel 2004
A. Gerbrandy & B. Hessel, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Gerven 1983
W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983.

Goorden 1990
C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht* (diss. KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Goorden 1994
C.P.J. Goorden, 'Het aanwijzingsbesluit bestuursorganen Wob en WNo', *NTB* 1994, p. 61-67.

Graat 1998
P.A.M.J. Graat, *Maatschappelijk bestuur* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

De Greef, Huntjens & Oud 2012
R.J.M.H. de Greef, L.C.L Huntjens & N.M. Oud, 'Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging. Over sturing op verbonden partijen door gemeenten, provincies en waterschappen', *NTB* 2012, p. 38-46.

Groeneveld-Louwerse 2004
J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid. De positie van besturen van verenigingen en stichtingen in het kader van de subsidieverstrekking of toelating (in het bijzonder van woningcorporaties)* (diss. Amsterdam VU), Kluwer 2004.

Haas 2009
D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009.

Hahlo & Kahn 1968
H.R. Hahlo & E. Kahn, *The South African legal system and its background*, Cape Town/Wetton/Johannesburg: JUTA & Co., Limited 1968.

Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005
J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & B.T.M. Steins Bisschop (red.), *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: een multidisciplinaire verkenning*, Den Haag: BJu 2005.

Handleiding Artikel 91 Comptabiliteitswet 2001
Algemene Rekenkamer, *Handleiding Artikel 91 Comptabiliteitswet 2001*, oktober 2003, te raadplegen via www.rekenkamer.nl.

Hartman 1997
M.J. Hartman, 'Ambtenaar, ook na privatisering!?', *Tijdschrift Privatisering* (nr. 5), p. 8-10.

Heemskerk & Braat 2010
P.F.C. Heemskerk & B. Braat, 'Woningcorporaties zijn (niet) aanbestedingsplichtig', *Bouwrecht* 2010, p. 784-791.

Van der Heijden 2001
G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Heringa & Zwart 1987
A.W. Heringa & T. Zwart, *Grondwet 1983*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Hessel 2010
B. Hessel, 'Woningcorporaties en de Europese regels voor staatssteun', *Bouwrecht* 2010, p. 771-783.

HI Cassim e.a. 2011
F. HI Cassim e.a., *Contemporary Company Law*, Juta 2011.

Hijma e.a. 2010
J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

Hirsch Ballin 1988
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen', in: E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (VAR-reeks 99), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988, p. 13-71.

Hirsch Ballin & Verheij 1994
E.M.H. Hirsch Ballin & N. Verheij, 'Rechtsvergelijking in het bestuursrecht', *AA* 1994, p. 107-116.

Van der Hoeven 1970
J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse juristen-vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 201-219.

Hoexter 2000
C. Hoexter, 'The future of judicial review in South African administrative law', *South African Law Journal* (117) 2000, p. 484-519.

Hoexter 2004a
C. Hoexter, 'Contracts in Administrative Law: Life after Formalism?', *South African Law Journal* (121) 2004, p. 595-618.
Hoexter 2004b
C. Hoexter 2004, 'Administrative law', in: C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis (red.), *Introduction to the Law of South Africa*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 107-134.
Hoexter 2011
C. Hoexter, 'The Rule of Law and the Principle of Legality in South African Administrative Law Today', in: M. Carnelley & S. Hoctor (red.), *Law, Order and Liberty: Essays in Honour of Tony Mathews*, University of KwaZulu-Natal 2011.
Hoexter 2012
C. Hoexter, *Administrative law in South Africa* (Second Edition), Claramont: JUTA & Co 2012.
De Hoon 2008
M.W. de Hoon, 'Macht in (inter)actie. Een verkennend, multidisciplinair onderzoek naar machtsverhoudingen tussen twee (rechts)personen', *NTBR* 2008, 49.
Huisman 2012
P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2012.
Huisman & Jak 2010
P.J. Huisman & N. Jak, 'Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht', *NTB* 2010, p. 117-125.
Huisman & Vermeulen 2004
W.A. Huisman & B.P. Vermeulen, 'De juridische status van examenbeslissingen in België en Nederland', in: *Ad amicissimum amici acripsimus* (liber amicorum Raf Verstegen), Die Keure 2004, p. 135-142.

Jak & Zijlstra 2011
N. Jak & S.E. Zijlstra, 'De overheidsstichting: een tussenstand', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 191-214.
Jak 2012
N. Jak, 'Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen. De verticale werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de grondrechten en het EVRM', *JBplus* 2012, p. 235-250.
Jak 2012a
N. Jak, 'Het intern toezicht door de raad van toezicht. Verantwoordingsarrangement vanuit democratisch perspectief', in: G.D. Minderman, R. Goodijk & S. van den Berg, *Waar is de raad van toezicht? Deel II. Een bundel van visies en ideeën*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 163-176.
Jans, Prechal & Widdershoven 2011
J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Janssen 2011
H.C.E.P.J. Janssen, 'Woningcorporaties en aanbestedingsplicht; het blijft de gemoederen bezighouden', *Vastgoedrecht* 2011, p. 75-81.
Jeukens 1959
H.J.M. Jeukens, *Het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1959.
Jowell 2006
J. Jowell, 'The Democratic Necessity of Administrative Justice', in: H. Corder (red.), *Comparing Administrative Justice across the Commonwealth*, Cape Town: JUTA 2006, p. 13-22.
Jurgens & Van Ommeren 2009
G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: BJu 2009.
Jurgens & Van Ommeren 2012
G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, 'The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide', *Cambridge Law Journal* (71) 2012-1, p. 172-199.

Ka Mdumbe 2005
F. ka Mdumbe, 'The meaning of "organ of state" in the South African Constitution', *SA Publiekreg/Public Law* (20) 2005, p. 1-28.
Kan & Van Maarseveen (*Commentaar de Wet b.a.b. Artikel 1*)
J.M. Kan & H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Commentaar de Wet b.a.b.', in: J.M. Kan & H.Th.J.F. van Maarseveen, *Wet beroep administratieve beschikkingen. Teksten, commentaar en jurisprudentie betreffende de Wet beroep administratieve beschikkingen en daarmee samenhangende regelingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom (losbl.).
Kan & Van Maarseveen (*Jurisprudentie - administratief orgaan*) J.M. Kan & H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Jurisprudentie - administratief orgaan', in: J.M. Kan & H.Th.J.F. van Maarseveen, *Wet beroep administratieve beschikkingen. Teksten, commentaar en jurisprudentie betreffende de Wet beroep administratieve beschikkingen en daarmee samenhangende regelingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom (losbl.).
Van de Kasteele 1885
J. van de Kasteele, *Het auteursrecht in Nederland*, Leiden: P. Somerwil. 1885.
Khoza & Adam 2007
R.J. Khoza & M. Adam, *The power of Governance. Enhancing the Performance of State-Owned Enterprises*, New York: Palgrave Macmillan 2007.
Klaaren & Penfold (losbl.)
J. Klaaren & G. Penfold, '63 Just administrative action', in: S. Woolman & M. Bishop (red.), *Constitutional Law of South Africa (Second Edition)*, Cape Town: Juta (losbl.).
Klare 1998
K.E. Klare, 'Legal Culture and Transformative Constitutionalism', *South African Journal on Human Rights* (14) 1998-1, p. 146-188.
Kloosterman & De Ridder 2002
D.R. Kloosterman & J. de Ridder, *Overheidsinstanties volgens Aarhus*, Groningen 2002.

Knook 2012
A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012, 13.
Kobussen 1991
M. Kobussen, *De vrijheid van de overheid* (diss. KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
Koekkoek 2001
A.K. Koekkoek, 'De methode van staatsrechtelijke rechtsvergelijking', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling, *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 175-196.
Koopmans 2003
T. Koopmans, *Courts and Political Institutions. A Comparative View,* Cambridge: Cambridge University Press 2003.
Kortmann 2008
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.
Kortmann 2012
C.A.J.M. Kortmann (*bewerkt door* P.P.T. Bovend'Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012.
De Kruif 2012
C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012.
Van de Kuilen & Van Tilborg 2011
E.A. van de Kuilen & D. van Tilborg, 'De Wet Markt & Overheid', *Gst.* 2011, 70.
Van de Kuilen & Van Tilborg 2013
E.A. van de Kuilen & D. van Tilborg, 'Besluit Markt & Overheid', *Gst.* 2013, 3.
Kuiper & Boxum 1993
G.M. Kuiper & J.L. Boxum, 'Het begrip bestuursorgaan in de Algemene wet bestuursrecht', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht,* Deventer: Kluwer 1993, p. 275-290.
Kuypers & Smallegange 2008
P.H.L.M. Kuypers & S.G.J. Smallegange, 'Woningcorporaties en Brussel: een conflict?', *TO* 2008, p. 41-48.

Van der Laan 2012
L.L. van der Laan, 'Verslag VAR-bijeenkomst "Naar een nieuwe Wob"', *NTB* 2012, p. 261-264.
Vande Lanotte & Haeck 2004
J. vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2004.
Vande Lanotte & Haeck 2005
J. vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005.
Lavrijssen & Verduijn 2010
S.A.C.M. Lavrijssen & M.A.M. Verduijn, 'Ruimte voor de publieke belangen van woningcorporaties in het mededingingsrecht', *BR* 2010, p. 808-816.

Liebenberg 2010
S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights. Adjudication under a transformative Constitution*, Claremont: JUTA 2010.
Lindenbergh 2006
S.D. Lindenbergh, 'The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands', in: T. Barkhuysen & S.D. Lindenberg, *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 97-128.

Van Male 1988
R.M. van Male, 'Beredeneerd besluiten. Plaats, functie en betekenis van het motiveringsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht', *NTB* 1988, p. 73-79.
Van Male 1990
R.M. van Male, 'Geen wetgeving zonder motivering', in: *Recht doen door wetgeving. Opstellen over wetgevingsvraagstukken* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 279-291.
Malherbe 2001
R. Malherbe, 'Privatisation and the constitution: some exploratory observations', *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg/Journal of South African Law* 2001-1, p. 1-19.
Maris 2008
A.G. Maris, *Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid*, Deventer: Kluwer 2008.
Michiels 1987
F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: VUGA 1987.
Minderman 2012
G. Minderman, *Waar is de raad van toezicht? Het interne toezicht in Nederlandse non-profitorganisties*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.
Möhlmann 2011
W.R. Möhlmann, 'Over aanbestedingsplichtige instellingen, woningcorporaties en zorgverzekeraars', *BR* 2011, 15.
Munneke 1981
H.F. Munneke, 'Particulieren met openbaar gezag bekleed (I)', *TvO* 1981, p. 58-62.
Munneke 1981
H.F. Munneke, 'Particulieren met openbaar gezag bekleed (II)', *TvO* 1981, p. 86-91.
Murray & Stacey (losbl.)
C. Murray & R. Stacey, '18 The President and the National Executive', in: S. Woolman & M. Bishop (red.), *Constitutional Law of South Africa (Second Edition)*, Cape Town: Juta (losbl.).

Nehmelman & Noorlander 2013
R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013.
Van der Net 1972
B.J. van der Net, 'Het ambtenaarschap krachtens de Ambtenarenwet 1929, voor wat betreft het "openbare dienst"-begrip', *TvO* 1972, p. 163-166.
Nicolaï 1990
P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990.

Nijhof 2000
M.B. Nijhof, 'De overheid als onderneming. De invloed van het mededingingsrecht op de overheidsorganisatie', *NTB* 2000, p. 60-68.
Nijland 2013
J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.
Noë 2003
S.B. Noë, 'Over het begrip "publiekrechtelijke instelling" in het Europese aanbestedingsrecht', *NTER* 2003, p. 314-320.
Noorlander 2007
C.W. Noorlander, 'Rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het onderwijs. Over de problematiek van het besluitbegrip in het onderwijsrecht', *JBPlus* 2007, p. 34-55.

Oderkerk 1999
A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
Odudu 2006
O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law. The scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press 2006.
Okpaluba & Osode 2010
C. Okpaluba & P.C. Osode, *Government Liability: South Africa and the Commonwealth*, Claremont: JUTA 2010.
Van Ommeren 1996
F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Van Ommeren 2003
F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 135-156.
Van Ommeren 2003a
F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: BJu 2003, p. 7-22.
Van Ommeren 2011
F.J. van Ommeren, 'Zorgplichten: wat zijn dat? Een poging tot overbrugging van twee werelden', in: .E.C. Jansen e.a., *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 23-45.
Van Ommeren 2012
F.J. van Ommeren, 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 149-236.
Van Ommeren 2012a
F.J. van Ommeren, 'De betekenis van de governancebenadering voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht', in: C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen (red.), *Met recht betrokken* (Van der Ploeg-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 216-229.

Van Ommeren 2012b
F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht', *AA* 2012, p. 562-572.
Van Ommeren 2013
F.J. van Ommeren, 'Governance and the Public-Private Law Divide in the Netherlands', in: A.L.B. Colombi Ciacchi e.a. (red.), *Law & Governance. Beyond the Public-Private Law Divide?*, The Hague: Eleven International Publishing 2013, p. 1-23.
Van Ommeren 2014
F.J. van Ommeren, 'Law and Governance in the Public Domain. A Conceptual Analysis of the Juridical Meaning of Governance and Governance-Areas', in: A. Colombi Ciacchi (red.), *Governance Meets Law*, Cambridge University Press 2014 (n.n.g.).
Van Ommeren 2014a
F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk. De betekenis van het publieke taakcriterium', *NTB* 2014 (n.n.g.).
Van Ommeren & Huisman 2013
F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 7-102.
Van Ommeren & Van der Veen 1999
F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, *Het Awb-besluit*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
Van Ommeren & Vermont 2007
F.J. van Ommeren & J. Vermont, 'Uit- aan- en inbesteden in het publiek- en privaatrecht?', *Gst.* 2007 (7266), p. 29-37.
Overes 1995
C.H.C. Overes, *Besturen en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs* (diss. Amsterdam VU), Lelystad: Vermande 1995.
Overes 2011
C.H.C. Overes, 'De stichting en governance: bestuur en toezicht', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 61-81.
Overes 2013
C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* (6996) 2013, p. 1038-1048.
Overkleeft-Verburg 2003
G. Overkleeft-Verburg, 'Stichting Silicose', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 330-358.

Peek & Duinkerke 2012
S.M. Peek & W.H.S. Duinkerke, 'De nieuwe Wob: vergaande openbaarmaking van publieke en semipublieke informatie', *V&O* 2012, p. 211-214.
Penfold & Reyburn (losbl.)
G. Penfold & P. Reyburn, '25 Public Procurement', in: S. Woolman & M. Bishop (red.), *Constitutional Law of South Africa (Second Edition)*, Cape Town: Juta (losbl.).

Peters 1997
J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Peters 2000
J.A.F. Peters, 'Bestuursorgaan in bestuursrechtelijke handen', *JBPlus* 2000, p. 78-90.
Peters 2004
J.A.F. Peters, 'De publieke taakjurisprudentie is dood, leve de publieke taakjurisprudentie!', *JBPlus* 2004, p. 69-82.
Peters 2004a
J.A.F. Peters, 'Bestuursorgaan', in: E.C.H.J. van der Linden & F.A.M. Stroink (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 3-35.
Peters 2005
J.A.F. Peters, 'Over bestuursorganen en hun rechtspersonen', *NTB* 2005, p. 188-189.
Peters 2007
J.A.F. Peters, 'De ambtenarenrechtelijke overheid', *NTB* 2007, p. 398-401.
Peters 2009
J.A.F. Peters, 'Publieke taak-jurisprudentie', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 1-14.
Peters & Zijlstra 2008
J.A.F. Peters & S.E. Zijlstra, 'Onscherp, maar wel ver genoeg? Hybride organisaties en publiekrechtelijke normering', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht* (Ten Berge-bundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 109-125.
PG Awb I
E.J. Daalder & G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche (wet van 4 juni 1992, Stb. 315)*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.
PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering Boeken 3, 5 en 6*, Deventer: Kluwer 1990.
Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009
E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.
Plasket 2002
C. Plasket, 'The exhaustion of internal remedies and section 7(2) of the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000', *South African Law Journal* (119) 2002, p. 50-62.
Van der Ploeg 2008
T. J. van der Ploeg, 'Deel II – De juridische inkadering van de "maatschappelijke onderneming"', in: J.G. Sijmons e.a., *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg* (Preadvies van de vereeniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2008, p. 103-147.
Polak 2004
J.E.M. Polak, 'De Algemene wet bestuursrecht en het moderne marktordeningsrecht', in: N.S.J. Koeman, A. ten Veen & J.R. van Angeren (red.), *Overheid en markt* (Samkalden-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 1-10.

Pretorius 2002
D.M. Pretorius, 'The Defence of the Realm: Contract and Natural Justice', *South African Law Journal* (119) 2002, p. 374-399.

Quinot 2009
G. Quinot, *State Commercial Activity: A Legal Framework*, Claremont: JUTA & CO 2009.
Quinot 2010a
G. Quinot, 'New procedures for the judicial review of administrative action', *SA Publiekreg/Public Law* (25) 2010, p. 646-665.
Quinot 2010b
G. Quinot, 'Administrative Law', in: *Annual Survey of South Africa Law 2010. Published for the Centre of Business Law of the University of South Africa Pretoria*, Claremont: JUTA 2010.
Quinot 2011
G. Quinot, *Juta's Quarterly Review of South African Law Public Procurement* (2011) 3.

Raat 2007
C. Raat, *Mensen met macht. Rechtsstatelijkheid als organisatiedeugd voor maatschappelijke organisaties* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2007.
Raat 2013
C. Raat, 'Selznick on Governance Revisited, What Can We Learn from Early Legal Sociology?', in: A.L.B. Colombi Ciacchi e.a. (red.), *Law & Governance. Beyond the Public-Private Law Divide?*, The Hague: Eleven International Publishing 2013, p. 59-79.
Rbb 1991
Raad voor het binnenlands bestuur, *Openbaar besturen door en met privaatrechtelijke organisaties*, Den Haag 1991.
De Ridder 1998
J. de Ridder, 'Tussen privaat- en publiekrecht: de juridische en bestuurlijke positie van woningcorporaties', *BR* 1998, p. 265-273.
Rijksarchiefinspectie 2000
Rijksarchiefinspectie, *'De andere overheidsorganen'. Archiefwet en zelfstandige bestuursorganen*, 2000.
Van Romburgh 2005
H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland: een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2005.
Van Rossum 2005
A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005, p. 85-93.
De Ru 1981
H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981.
De Ru 1987
H.J. de Ru, *Staat, markt en recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Saanen 2013
N. Saanen, *Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector* (diss. Delft), Enschede: GildePrint Drukkerijen 2013.
Scheltema 1932
F.G. Scheltema, 'De zaken der openbare lichamen', in: C.W. van der Pot e.a., *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn : Samsom 1932, p. 115-134.
Scheltema 2013
M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013, p. 186-192.
Scheltema & Scheltema 2012
M. Scheltema & M.W. Scheltema, 'Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht', *JBplus* 2012, p. 139-149.
Scheltema & Scheltema 2013
M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
Schillemans 2007
T. Schillemans, *Verantwoording in de schaduw van de macht. Horizontale verantwoording bij zelfstandige uitvoeringsorganisaties* (diss. Utrecht), Den Haag: Lemma 2007.
Schlössels e.a. 2007
R.J.N. Schlössels e.a., 'In eenheid? Het vraagstuk van rechtseenheid in het bestuurs- en het bestuursprocesrecht – een inleiding', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 3-19.
Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.
Schreuder 1994
C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
Schroten 2000
K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
Schutgens 2012
R.J.B. Schutgens, *Vorm en inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2012.
Schwarze 2006
J. Schwarze, *European administrative law*, London: Sweet and Maxwell 2006.
Sevinga 2013
K. Sevinga, 'Scheiding tussen spoor en trein', *NTER* 2013, p. 227-234.
Sieburgh 2008
C.H. Sieburg, 'L'art de la destinction', *NJB* 2008, p. 3-13.
Smidt 1891
H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Tweede Deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

De Smith's Judicial Review 2007
H. Woolf, J. Jowell & A. Le Sueur, *De Smith's Judicial Review* (Sixth Edition), London: Sweet & Maxwell 2007.

Smits 2003
J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht* (Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.

Snijders 1988
W. Snijders, 'Artikel 3.1.1.15 Nieuw B.W. en de schakelbepalingen nader bezien', in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 49-69.

Spoor, Verkade & Visser 2005
J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Staatscommissie Dresselhuys 1919
Verslag van de staatscommissie ter voorbereiding van algemeene wettelijke regelen betreffende den rechtstoestand van ambtenaren. (ingesteld bij kon.besluit van 21 mei 1917 no. 27.), Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1919.

Steenbeek 1958
J.G. Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratief recht*, Assen: Van Gorcum & Comp. N.V. - G.A. Hak & Dr. H.J. Prakke 1958.

Steenbeek 1965
J.G. Steenbeek, *Het beroep tegen administratieve beschikkingen. Een commentaar op de wet beroep administratieve beschikkingen*, Den Haag: VUGA 1965.

Steenbeek 1984
J.G. Steenbeek, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, Den Haag: VUGA 1984.

Steenbeek/Stroink 1988
F.A.M. Stroink, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1988.

Steins Bisschop 2004
B.T.M. Steins Bisschop, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen en het ondernemingsrecht*, Den Haag: BJu 2004.

Stellinga 1971
J.R. Stellinga, 'De verhoogde rechtsbescherming van de Wet B.A.B.', *TvO* 1971, p. 180-184.

Stellinga 1974
J.R. Stellinga, 'De rechtsbescherming door de Wet B.a.b.', *TvO* 1974, p. 327-329.

Stellinga 1976
J.R. Stellinga, 'Het einde van de rechtsbescherming door de Wet-b.a.b.', *TvO* 1976, p. 280-281.

Stellinga 2012
B. Stellinga, *Dertig jaar privatisering, verzelfstandiging en marktwerking*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012.

Stevers 1979
Th.A. Stevers, *De Rekenkamer*, Leiden/Antwerpen: H.E. Stenfert Kroese B.V 1979.

Steyger 1991
E. Steyger, 'De directe toepassing van EG-Richtlijnen door anderen dan de staat', *Regelmaat* 1991, p. 10-13.
Steyger 1996
E. Steyger, 'Wringend recht. Doorwerking van het gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid', in: E. Steyger, R.J.G.M. Widdershoven & A.W.H. Meij, *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht* (VAR-reeks 116), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 7-96.
Steyger 2005
E. Steyger, 'Een overheidsbegrip in het Europese recht?', *NTB* 2005, p. 221-228.
Steyger 2007
E. Steyger, 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren: Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 9-28.
Steyger 2007a
E. Steyger, 'Deel II: De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de richtlijn', *SEW* 2007, p. 397-398.
Steyger 2010
E. Steyger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bestuurswetenschappen* 2010-5, p. 74-87.

Tak 1978
A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1978.
Van Tilborg 2012
D. van Tilborg, 'Woningcorporaties in zwaar weer en de nakoming van overeenkomsten', *Gst.* 2012, 46.
Tjittes 1994
R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
Tjong Tjin Tai 2006
T.F.E. Tjon Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.

Veegens 1895
J.D. Veegens, *Het auteursrecht volgens de Nederlandsche wetgeving*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1895.
Van der Veen 1997
G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Veenendaal 2007
H. Veenendaal, 'Een Koninklijke paradox. De Raad van State en de juridische status van het Kabinet der Koningin', *NJB* 2007, p. 1962-1965.
Verheij 2001
N. Verheij, Interventie, in: *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 125), Den Haag: BJu 2001, p. 54.

Verheij & Lubberdink 1996
N. Verheij & H.G. Lubberdnik, *Algemene wet bestuursrecht. Derde tranche*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Verhey 1992
L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
Verhey 2009
L. Verhey, 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld Recht* (Alkema-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 517-535.
Verhoeven 2010
M.J.M. Verhoeven, 'Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten: overbodig of onmisbaar in de praktijk?', *NTER* 2010, p. 117-125.
Vermeulen 2003
B.P. Vermeulen, 'De publieke taak: een veel-zijdig begrip', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13-30.
Vermeulen & Zoontjens 2000
B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Het "algemene" bestuursrecht en het "bijzondere" onderwijsrecht', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: BJu 2000, p. 45-186.
Vranken 1988
J.B.M. Vranken, 'Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht', in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 27-39.

De Waal 2004
J. De Waal, 'Constitutional Law', in: C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis (red.), *Introduction to the Law of South Africa*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 55-106.
Waaldijk 1984
C. Waaldijk, 'Het onbruik van de considerans', *Bestuurswetenschappen* 1984, p. 406-415.
Waaldijk 1994
C. Waaldijk, *Motiveringsplichten van de wetgever* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande bv 1994.
Waalwijk 2007
H. Waalwijk, 'Het Kabinet der Koningin in spagaat (?): geen bestuursorgaan ... maar wel een overheidsorgaan!', *AA* 2007, p. 961-962.
Van der Walt 2008
A.J. van der Walt, 'Normative Pluralism and Anarchy: Reflections on the 2007 Term', *Constitutional Court Review* (1) 2008, p. 77-128.
Westerman & Wissink 2008
P. Westerman & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *NJB* 2008, p. 503-507.
Widdershoven e.a. 2007
R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht: De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: BJu 2007.

Wiechers 1984
M. Wiechers, *Administratiefreg* (Tweede Uitgawe), Durban/Pretoria: Butterworth 1984.
Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2011
W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011.
Wilkeshuis 2010
K. Wilkeshuis, *Publieke belangen in nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: WLP 2010.
Woolman (losbl.)
S. Woolman, '31 Application', in: S. Woolman & M. Bishop (red.), *Constitutional Law of South Africa (Second Edition)*, Cape Town: Juta (losbl.).
Woolman & Schutte (losbl.)
S. Woolman & Y. Schutte, '24B Auditor-General', in: S. Woolman & M. Bishop (red.), *Constitutional Law of South Africa (Second Edition)*, Cape Town: Juta (losbl.).
Wouters & De Smet 2003
J. Wouters & L. de Smet, *Het EVRM, Internationale Mensenrechtenstandaarden en (Multinationale) Ondernemingen. Working Paper Nr. 37 – januari 2003, herzien juni 2003*, Instituut voor Internationaal Recht K.U. Leuven 2003.
WRR 2000
WRR, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

Zijlstra 1995
S.E. Zijlstra, 'Stichtingen met een publieke taak als bestuursorgaan', *Gst.* 1995 (7016), p. 469-474.
Zijlstra 1997
S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997.
Zijlstra 2002
S.E. Zijlstra, 'Exit de Silicose-constructie!', *NTB* 2002, p. 175-176.
Zijlstra 2003
S.E. Zijlstra, '"Publieke taak" en de democratische rechtsstaat', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak* , Deventer: Kluwer 2003, p. 69-76.
Zijlstra 2008
S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: BJu 2008, p. 7-93.
Zijlstra 2009
S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.
Zijlstra 2012
S.E. Zijlstra, 'Inleiding', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-24.
Zijlstra 2012a
S.E. Zijlstra, 'Algemene vormingsaspecten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 511-532.

Zijlstra 2014
S.E. Zijlstra, *Onherkenbaar veranderd. Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit 1980-2010*, Amsterdam: VU 2014.

Zijlstra e.a. 2001
S.E. Zijlstra e.a., *Mandaat en delegatie*, Den Haag: BJu 2001.

Zijlstra, De Voogd & Oud 2007
S.E. Zijlstra, M.C. de Voogd & N.M. Oud, *Afwegingskader publieke taakopdracht aan derden*, Den Haag: Hoofddirectie Juridische Zaken, Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007.

Zoontjens 2006
P.J.J. Zoontjens, 'Eenzijdig overheidshandelen', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 115-174.

Zoontjens 2007
P.J.J. Zoontjens, 'Moet de CGB al het eenzijdige overheidshandelen toetsen?', in: Commissie Gelijke Behandeling, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 291-307.

Van Zutphen 1988
A.H. van Zutphen, 'Het begrip openbare dienst in de Ambtenarenwet 1929', *NTB* 1988, p. 119-127.

Van Zutphen 1991
A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1991.

Zwaak 2006
L. Zwaak, 'Chapter 1. General Survey of the European Convention', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 1-93.

Zwaak 2006a
L. Zwaak, 'Chapter 2. The Procedure Before the European Court of Human Rights', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 95-290.

Zweigert & Kötz 1998
K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 6 februari 1976, nr. 5589/72 en 5614/72, *NJ* 1977, 2 (m.nt. Alkema en Zonderland)
EHRM 13 augustus 1981, nr. 7601/76 en 7806/77 (*Young, James and Webster/VK*)
EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans/VK*)
EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, *NJ* 1995, 725 (*Castello-Robberts/Verenigd Koninkrijk*; m.nt. Alkema)
EHRM 9 december 1994, nr. 13092/87 en 13984/88, *NJ* 1996, 374 (*Holy Monasteries/Griekenland*; m.nt. Alkema)
EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*López Ostra/Spanje*)
EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94, *NJ* 2002, 181 (*VgT Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland*)
EHRM 2 oktober 2001, nr. 36022/97, *NJ* 2003, 454 (m.nt. EJD)
EHRM 18 juni 2002, nr. 47122/99, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 785-789 (*Woonbron e.a./Nederland*; m.nt. Verheij)
EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France e.a./Frankrijk*)
EHRM 30 november 2004, nrs. 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 en 42814/02 (*Mykhaylenky e.a./Oekraïne*)
EHRM 21 december 2004, nr. 34297/02 en 39574/02 (*Derbach en Palek/Oekraïne*)
EHRM 22 februari 2005, nr. 47148/99, *EHRC* 2005, 39 (*Novoseletskit/Oekraïne*)
EHRM 1 maart 2005, nr. 22860/02, *AB* 2006, 258 (*Woś/Polen*; m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; *EHRC* 2005, 54, m.nt. Jansen)
EHRM 7 december 2006, nr. 35841/02 (*Österreichischer Rundfunk/Oostenrijk*)
EHRM 22 november 2007, nr. 22603/02 (*Ukraine-Tyumen/Oekraïne*)
EHRM 13 december 2007, nr. 40998/98 (*Islamic Republic Of Iran Shipping Lines/Turkije*)
EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, *AB* 2009, 286 (*Mustafa en Tarzibachi/Zweden*; m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik)
EHRM 30 juli 2009, nr. 67336/01, *EHRC* 2009, 113 (*Danilenkov/Rusland*)

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

ECRM 1 februari 1971, nr. 4125/69 (*X/Ierland*)
ECRM 11 juli 1977, nr. 7601/76 (*Young and James/VK*)
ECRM 3 maart 1978, nr. 7806/77 (*Webster/VK*)
ECRM 13 december 1990, nr. 14229/88 (*X & Y/VK*)
ECRM 28 juni 1995, nr. 26114/95 en 26455/95 (*Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España/Spanje*)
ECRM 11 april 1996, nr. 24019/94 (*Finska* församlingen *i Stockholm/Zweden*)
ECRM 8 september 1997, nr. 35216/97 (*RENFE/Spanje*)

Hof van Justitie

HvJ EG 13 juli 1962, 19/61 (*Mannesmann*)
HvJ EG 27 maart 1974, 127/73 (*Belgische radio en televisie*)
HvJ EG 4 december 1974, 41/74 (*Van Duyn*)
HvJ EG 5 april 1979, 148/78 (*Ratti*)
HvJ EG 19 januari 1982, 8/81 (*Becker*)
HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall*)
HvJ EG 15 mei 1986, 222/84 (*Johnston*)
HvJ EG 16 juni 1987, 118/85 (*Transparantierichtlijnarrest*)
HvJ EG 20 september 1988, 31/87 (*Beentjes*)
HvJ EG 22 juni 1989, 103/88 (*Fratelli Costanzo*)
HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89 (*Foster*)
HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*)
HvJ EG 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91 (*Poucet en Pistre*)
HvJ EG 19 januari 1994, C-364/92 (*Eurocontrol*)
HvJ EG 27 april 1994, C-393/92 (*Almelo*)
HvJ EG 2 juni 1994, C-401/92 en C-402/92 (*'t Heuske*)
HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92 (*Faccini Dori*)
HvJ EG 16 november 1995, C-244/94 (*FFSA*)
HvJ EG 18 maart 1997, C-343/95 (*Diego Cali & Figli*)
HvJ EG 4 december 1997, C-253/96 t/m 258/96 (*Kampelmann*)
HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*)
HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96 (*Commissie/Italië*)
HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*)
HvJ EG 17 december 1998, C-353/96 (*Forestry Board*)
HvJ EG 17 december 1998, C-306/97 (*Connemara*)
HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*)
HvJ EG 21 september 1999, C-115/97 t/m 117/97 (*Brentjens*)
HvJ EG 21 september 1999, C-219/97 (*Drijvende Bokken*)
HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*University of Cambridge*)
HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (*Franse Woningcorporaties*)
HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99
HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99 (*Glöckner*)
HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99 (*Wouters*)
HvJ EG 22 februari 2002, C-218/00 (*Cisal*)
HvJ EG 11 juli 2002, C-62/00 (*Marks & Spencer*)
HvJ EG 7 november 2002, C-283/00 (*SIEPSA*)
HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale Bau*)
HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Truley*)
HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00
HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*)
HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00 (*Altmark Trans*)
HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (*Commissie/Spanje*)
HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK*)
HvJ EG 13 januari 2005, C-84/03
HvJ EG 11 september 2007, C-318/05

HvJ EG 13 december 2007, C-337/06 (*Bayerischer Rundfunk*)
HvJ EG 10 april 2008, C-393/06 (*Ing. Aigner*)
HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, *AB* 2008, 258 (*Motoe*; m.nt. Steyger)
HvJ EG 26 maart 2009, C-113/07 P (*Selex Sistemi Integrati*)
HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07 (*Oymanns/AOK*)
HvJ EG 1 oktober 2009, C-567/07, *BR* 2010, 13 (*Sint Servatius*; m.nt. Hessel)
HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *AB* 2011, 17 (*Betfair*; m.nt. Buijze)
HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11 (*Compass-Datenbank*)
HvJ EU 28 februari 2013, C-555/10 (*Commissie/Oostenrijk*)
HvJ EU 28 februari 2013, C-556/10 (*Commissie/Duistland*)
HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*Ärztekammer*)

Gerecht van Eerste Aanleg / Gerecht van de Europese Unie
GvEA EG 19 juni 1997, T-260/94 (*Air Inter*)
GvEA EG 12 december 2000, T-128/98 (*Aeroports de Paris*)
GvEA EG 4 maart 2003, T-319/99 (*FENIN*)
GvEA EG 12 februari 2008, T-2879/03 (*BUPA*)
Gerecht EU 16 december 2010, T-231/06 en T-237/06, *AB* 2011, 52 (*NOS*; m.nt. Steyger)
Gerecht EU 24 maart 2011, T-443/08 en T-455/08

Hoge Raad
HR 12 januari 1923, *NJ* 1923, p. 307 (*Hooge Zeedijk*)
HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 276 (m.nt. Hijmans van den Bergh)
HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 687 (*Binderen/Kaya*; m.nt. EAA)
HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 (*Edamse bijstandsmoeder*)
HR 27 maart 1987, *AB* 1987, 273 (*Amsterdam/Ikon*; m.nt. FHvdB)
HR 29 mei 1987, *NJ* 1987, 1003 (m.nt. Wichers Hoeth)
HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702 (*Goeree*; m.nt. EAA)
HR 22 januari 1988, *NJ* 1988, 891 (*Maimonides*; m.nt. EAA)
HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 873 (*Huisdierenverbod*; m.nt. P.A. Stein).
HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168 (m.nt. EAA)
HR 12 januari 1990, *AB* 1991, 430 (*Staat/Appels*; m.nt. Van Ommeren)
HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289 (*Goeree*; m.nt. EAA)
HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 (*Kuunders*; m.nt. Brunner; m.nt. Scheltema; *Gst.* 1993 (6970), 5, m.nt. Damen)
HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (*Zeeland/Hoondert*; m.nt. MS).
HR 22 januari 1993, *AB* 1993, 198 (*Rost van Tonningen*; m.nt. Van der Burg)
HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 (*Aids Test I*)
HR 3 september 1993, *RvdW* 1993, 167 (*PTT*)
HR 26 april 1996, *AB* 1996, 372, (*Rasti Rostelli*; m.nt. ThGD; *JB* 1996, 159, m.nt. HJS).
HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 399 (*Stichting Zaanwerk*; m.nt. P.J. Boon)
HR 9 januari 1998, *JOR* 1998, 116 (m.nt. S.C.J.J. Kortmann)
HR 9 april 1999, *NJ* 2000, 219 (*Coevorden/Gasfabriek*; m.nt. MS)
HR 4 april 2003, *AB* 2003, 365 (*RZG/Comformed*; m.nt. Van Ommeren; *JB* 2003, 121, m.nt.

Peters; *NJ* 2004, 35, m.nt. Van den Berg; *RZA* 2003, 155, m.nt. De Groot)
HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*; m.nt. Du Perron)
HR 12 december 2003, *JOL* 2003, p. 652 (*Aids Test II*)
HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 683
HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684
HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 685
HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228 (m.nt. Van Ommeren; *JB* 2012, 178, m.nt. Sillen; *BR* 2012, 170, m.nt. Kortmann; *AA* 2013, p. 762-766, m.nt. Schutgens)
HR 21 september 2012, *AB* 2013, 220 (m.nt. Van Ommeren)
HR 8 februari 2013, *AA* 2013, p. 755-761 (m.nt. Van Boom)
HR 3 mei 2013, *RvdW* 2013, 660 (*KLM*)

Gerechtshoven
Hof Amsterdam van 9 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH8886
Hof Amsterdam 15 juni 2010, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2010*, p. 442-450.

Hof Arnhem 11 februari 1985, *NJ* 1986, 446
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4715

Hof Den Haag 1 oktober 1992, *NJCM-Bulletin* 18-3 (1993), p. 299-302 (m.nt. Heringa)
Hof Den Haag 3 februari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3130 (*Stichting Interstede*)
Hof Den Haag 15 november 2011, *JAR* 2012, 10 (m.nt. F.C. van Uden)

Rechtbanken
Rb. Amsterdam 4 juli 2013, *AB* 2013, 234 (m.nt. Peters)

Rb. Arnhem 27 april 2006, *AB* 2007, 103 (m.nt. Peters)
Rb. Arnhem (voorzieningenrechter) 8 mei 2009, *AB* 2009, 204 (m.nt. Peters)
Rb. Arnhem 26 augustus 2010, *Gst.* 2010 (7342), 98 (m.nt. N. Jak)
Rb. Arnhem 2 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO2950

Rb. Den Haag van 28 april 1993, *Gst.* 1993 (6974), 4 (m.nt. Hennekens)
Pres. Rb. Den Haag van 9 juni 1987, *AB* 1987, 580
Pres. Rb. Den Haag 7 mei 1993, *NJCM-Bulletin* 18-6 (1993), p. 685-693 (m.nt. Kroes)

Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255

Rb. Noord-Holland 19 april 2013, *AB* 2013, 184 (m.nt. Peters)

Rb. Utrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6181

Rb. Rotterdam 14 oktober 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AF1394
Rb. Rotterdam 14 oktober 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AE9419
Rb. Rotterdam 3 januari 2005, *AB* 2005, 244 (m.nt. Peters)

Rb. Rotterdam 18 mei 2005, *AB* 2005, 272 (m.nt. Zijlstra)
Rb. Rotterdam 4 januari 2008, zaaknummer BC 07/3246-WILD, n.g.
Ktr. Rotterdam 24 februari 1983, *NJ* 1984, 677

Rb. Zutphen 3 augustus 1999, ECLI:NL:RBZUT:1999:AA3744
Rb. Zutphen 21 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT1618

Pres. Rb. Zwolle 4 mei 1984, *KG* 1984, 176

Afdeling rechtspraak van de Raad van State
ARRvS 29 juni 1977, *tB/S V*, p. 73-81 (m.nt. tB/S)
ARRvS 7 april 1978, *AB* 1978, 474
ARRvS 13 juni 1978, *tB/S I*, 8 (m.nt. tB/S)
ARRvS 10 december 1981, nr. A-2.1720 (1980)
ARRvS 27 januari 1983, *tB/S V*, 294 (m.nt. A.R.)
ARRvS 13 juli 1984, nr. R02.83.1819
ARRvS 12 augustus 1985, nr. R01.84.1580
ARRvS 2 september 1988, *Gst.* 1989 (6874), 4 (m.nt. Hennekens)
ARRvS 28 juli 1989, *tB/S* 1989, 113 (m.nt. tB)
ARRvS 11 februari 1991, *AB* 1991, 598

Vz. ARRvS 19 maart 1982, *AB* 1982, 411 (m.nt. H.J. de Ru)
Vz. ARRvS 21 mei 1984, *AB* 1984, 503 (m.nt. H.J. de Ru)
Vz. ARRvS 20 juli 1987, *AB* 1988, 554
Vz. ARRvS 15 juli 1991, *tB/S* 1991, 94 (m.nt.tB)

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996, 136 (*Stichting Silicose Oud-mijnwerkers*; m.nt. Zijlstra; *JB* 1995, 337, m.nt. Stroink)
ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996, 474 (m.nt. AFMB; *JB* 1996, 231, m.nt. R.J.G.H.S.)
ABRvS 18 juni 1998, *AB* 1999, 116 (m.nt. MSV; *JB* 1998, 183)
ABRvS 12 november 1998, *AB* 1999, 30 (m.nt. MSV; *JB* 1998, 283, m.nt. F.A.M.S.)
ABRvS 16 mei 2000, *JB* 2000, 182
ABRvS 17 juli 2000, *AB* 2000, 446 (m.nt. Vermeulen; *JB* 2000, 247, m.nt. Derks)
ABRvS 17 oktober 2000, *AB* 2001, 246 (m.nt. Nijmeijer; *JB* 2000, 329)
ABRvS 19 december 2000, *AB* 2001, 83 (m.nt. Verheij)
ABRvS 5 april 2001, *JB* 2001, 130
ABRvS 8 augustus 2001, *AB* 2002, 51 (m.nt. SZ; *JB* 2001, 216, m.nt. Peters)
ABRvS 9 januari 2002, *JB* 2002, 84 (m.nt. Peters)
ABRvS 20 maart 2002, *AB* 2003, 8 (m.nt. GvB; *JB* 2002, 122, m.nt. MP)
ABRvS 22 mei 2002, *JB* 2002, 203 (m.nt. Peters)
ABRvS 3 juli 2002, *AB* 2002, 396 (m.nt. CMB)
ABRvS 6 november 2002, *JB* 2003, 6
ABRvS 13 november 2002, *AB* 2003, 114 (m.nt. NV; *JB* 2003, 14, m.nt. Peters)

ABRvS 27 november 2002, *AB* 2003, 146 (m.nt. Jansen)
ABRvS 27 augustus 2003, *AB* 2004, 10 (m.nt. NV; *JB* 2003, 288, m.nt. Peters)
ABRvS 26 november 2003, *JB* 2004, 100 (m.nt. Timmermans; *AB* 2004, 227, m.nt. Peters)
ABRvS 26 november 2003, *AB* 2004, 228 (m.nt. Peters; *Gst.* 2004 (7215), 164, m.nt. Kooper)
ABRvS 19 mei 2004, *JB* 2004, 256 (m.nt. Peters)
ABRvS 1 december 2004, *JB* 2005, 39 (m.nt. Peters)
ABRvS 9 februari 2005, *AB* 2005, 305 (m.nt. Peters)
ABRvS 12 januari 2005, *AB* 2005, 227 (m.nt. Peters)
ABRvS 20 april 2005, *JB* 2005, 169 (m.nt. Peters)
ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2006, 34 (m.nt. Vermeulen; *JB* 2005, 204, m.nt. AMLJ)
ABRvS 9 juni 2005, *AB* 2006, 36 (m.nt. Peters)
ABRvS 28 september 2005, *JB* 2005, 304
ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, 21 (m.nt. Peters; *JB* 2006, 7, m.nt. F.A.M.S)
ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 231 (m.nt. Peters; *JB* 2006, 174)
ABRvS 19 juli 2006, *AB* 2007, 41 (m.nt. Vermeulen; *JB* 2006, 257, m.nt. Peters)
ABRvS 11 oktober 2006, *AB* 2007, 81 (m.nt. Sewandono; *JB* 2006, 321, m.nt. Peters)
ABRvS 1 november 2006, *AB* 2007, 176 (m.nt. Peters; *JB* 2006, 324, m.nt. M.O-V)
ABRvS 6 juni 2007, *AB* 2008, 143 (m.nt. Peters; *JB* 2007, 145; *Gst.* 2007 (7280), 105, m.nt. Kooper)
ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7617
ABRvS 19 december 2007, *AB* 2008, 48 (*Sint Servatius*; m.nt. Steyger)
ABRvS 18 juni 2008, *AB* 2008, 235 (m.nt. Barkhuysen & Den Ouden)
ABRvS 15 juli 2009, *Gst.* 2009 (7326), 112 (m.nt. N. Jak; *AB* 2009, 247, m.nt. Peters)
ABRvS 23 december 2009, *AB* 2010, 221 (m.nt. Peters)
ABRvS 27 oktober 2010, *AB* 2011, 13 (m.nt. R. Ortlep; *Gst.* 2010 (7345), 120, m.nt. J.M.H.F. Teunissen; *JB* 2011, 23, m.nt. B. de Kamals; *BR* 2011, 5, m.nt. D. van Tilborg)
ABRvS 12 januari 2011, *JB* 2011, 44 (m.nt. Peters)
ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 85 (m.nt. P.M.J. de Haan; *JB* 2011, 65, m.nt. Teunissen; *TBR* 2011, 47, m.nt. Neerhof)
ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 200 (m.nt. Peters)
ABRvS 23 maart 2011, *AB* 2011, 230 (*Betfair*; m.nt. Wolswinkel)
ABRvS 25 mei 2011, *Gst.* 2011 (7362), 121 (m.nt. N. Jak; *AB* 2011, 233, m.nt. Peters)
ABRvS 12 oktober 2011, *AB* 2012, 24 (m.nt. Timmermans; *JB* 2011, 270, m.nt. Sillen)
ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Centraal Fonds Volkshuisvesting*)
ABRvS 16 november 2011, *AB* 2012, 60 (m.nt. N. Jak)
ABRvS 7 december 2011, *JB* 2012, 45 (m.nt. Teunissen)
ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2013, 226 (m.nt. Peters)
ABRvS 20 maart 2013, *AB* 2013, 145 (m.nt. Peters)
ABRvS 11 december 2013, *Gst.* 2014 (7400), 21 (m.nt. Van der Sluis)
ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723

Vz. ABRvS 29 januari 2004, *JB* 2004, 160 (m.nt. Timmermans)

Staatsraad Advocaat-Generaal
Conclusie staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS: 2014:2260

Centrale Raad van Beroep
CRvB 9 maart 1939, *AB* 1939, p. 622-623
CRvB 13 november 1951, *AB* 1952, p. 192-193
CRvB 11 april 1963, *AB* 1964, p. 79-81
CRvB 17 oktober 1975, *AB* 1976, 60
CRvB 18 juni 1976, *AB* 1979, 35
CRvB 14 juni 1984, *TAR* 1984, 181
CRvB 12 september 1985, *TAR* 1985, 221
CRvB 27 februari 1986, *TAR* 1986, 107
CRvB 26 februari 1987, *AB* 1987, 298 (m.nt. Hennekens)
CRvB 8 maart 1988, *TAR* 1988, 103
CRvB 28 september 1989, *AB* 1989, 555 (m.nt. Hennekens)
CRvB 15 maart 1990, *AB* 1991, 149 (m.nt. Hennekens)
CRvB 25 juni 1991, *AB* 1992, 12 (m.nt. HH)
CRvB 13 mei 1993, *AB* 1993, 482 (m.nt. Hennekens)
CRvB 1 juli 1993, *TAR* 1993, 173
CRvB 17 november 1994, *TAR* 1995, 11
CRvB 21 december 1994, *TAR* 1995, 63
CRvB 21 december 1994, *TAR* 1995, 65
CRvB 4 juli 1997, *TAR* 1997, 196
CRvB 11 maart 1999, *AB* 1999, 386 (m.nt. HH)
CRvB 22 februari 2001, *AB* 2001, 203 (m.nt. HH)
CRvB 27 juni 2002, *JB* 2002, 256
CRvB 30 oktober 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AN8001
CRvB 8 april 2004, *JB* 2004, 221 (m.nt. Van Eijs)
CRvB 31 maart 2006, *AB* 2006, 424 (m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Dijvenvoorde; *JB* 2006, 132, m.nt. NV)
CRvB 12 april 2007, *TAR* 2007, 118
CRvB 6 september 2007, *JB* 2007, 227 (m.nt. Peters; *TAR* 2007, 196, m.nt. Spee & Timmermans)
CRvB 3 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC1745
CRvB 20 januari 2011, *AB* 2011, 220 (m.nt. Peters)
CRvB 24 februari 2011, *TAR* 2011, 140
CRvB 1 december 2011, *PJ* 2013, 55
CRvB 10 januari 2013, *PJ* 2013, 56
CRvB 16 mei 2013, *AB* 2013, 189 (m.nt. Peters)

College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBb 10 januari 1996, *AB* 1996, 258 (m.nt. JHvdV; *JB* 1996, 52)
CBb 1 augustus 2000, *AB* 2000, 388 (m.nt. JHvdV; *JB* 2000, 281)

CBb 30 januari 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AD9963
CBb 4 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8311
CBb 24 september 2002, ECLI:NL:CBB:AE8690
CBb 2 april 2003, *AB* 2004, 162 (m.nt. GC)
CBb 16 januari 2004, *AB* 2004, 101 (m.nt. JHvdV)
CBb 14 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO8195
CBb 21 september 2006, *AB* 2006, 372 (m.nt. Sewandono)
CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257 (m.nt. N. Jak & E. Steyger; *JB* 2009, 140, m.nt. Peters)
CBb 7 augustus 2013, *JB* 2013, 213 (m.nt. Peters)

Nationale ombudsman
No 30 december 2003, nr. 2003, 501

College voor de rechten van de mens / Commissie gelijke behandeling
CGB 15 juli 1996, Oordeel 1996-63
CGB 11 april 2002, Oordeel 2002-42
CGB 10 april 2003, Oordeel 2003-50.
CGB 3 december 2003, Oordeel 2003-148
CGB 22 december 2003, Oordeel 2003-162
CGB 4 maart 2004, Oordeel 2004-19
CGB 15 augustus 2005, Oordeel 2005-151
CGB 15 augustus 2005, Oordeel 2005-152
CGB 13 april 2006, Oordeel 2006-66

Zuid-Afrikaanse jurisprudentie
AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council and Another 2007 (1) SA 343 (CC)
Airports Company South Africa Ltd v ISO Leisure OR Tambo (PTY) Ltd and Another 2011 (4) SA 642 (GSJ)
Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation, and Others 2010 (3) SA 293 (CC)
Awumey and Another v Fort Cox Agricultural College and Others 2003 (8) BCLR 861 (Ck)
Bato Star Fishing (Pty) v Minister of Environmental Affairs and Others 2004 (4) SA 490 (CC)
Calibre Clinical Consultants (Pty) Ltd and Another v National Bargaining Council for the Road Freight Industry and Another 2010 (5) SA 457 (SCA)
Chirwa v Transnet Ltd and Others 2008 (4) SA 367 (CC)
Circle Seven Trading 26 CC v Minister of Justice and Constitutional Development (40325/2009) 2012 ZAGPPHC 197 (GNP) (29 augustus 2012)
Coetzee v Comitis and Others 2001 (1) SA 1254 (C)
Cronje v United Cricket Board of South Africa 2001 (4) SA 1361 (T)
Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange and Others 1983 (3) SA 344 (W)

Directory Advertising Cost Cutters v Minister of Posts, Telecommunications and Broadcasting and Others 1996 (3) SA 800 (T)
Fedsure Life Assureance Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others 1999 (1) SA 374 (CC)
Govender v Minister of Safety and Security 2001 (4) SA 273 (SCA)
Grey's Marine Hout Bay and Others v Minister of Public Works and Others 2005 (6) SA 313 (SCA)
Hoffmann v South African Airways 2001 (1) SA 1 (CC)
Independent Electoral Commission v Langeberg Municipality 2001 (3) SA 925 (CC)
Inkatha Freedom Party and Another v Truth and Reconciliation Commission and Others 2000 (3) SA 119 (C)
Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Ltd and Another 1988 (3) SA 132 (A)
Khumalo and Others v Holomisa 2002 (5) SA 401 (CC)
Korf v Health Professions Council of South Africa 2000 (1) SA 1171 (T)
Koyabe and Others v Minister for Home Affairs and Others 2010 (4) SA 327 (CC)
Lawyers for Human Rights v Rules Board for Courts of Law and Another 2012 (7) BCLR 754 (GNP)
Lebowa Miniral Trust v Lebowa Granite (Pty) Ltd and Another 2002 (3) SA 30 (T)
Minister of Education, Western Cape, and Others v Governing Body, Mikro Primary School, and
Another 2006 (1) SA 1 (SCA)
Minister of Health and Another NO v New Clicks South Africa (Pty) Ltd and Others 2006 (2) SA 311 (CC)
Mittalsteel South Africa Ltd v Hlatshwayo 2007 (1) SA 66 (SCA)
Muzibuko and Others v City of Johannesburg and Others 2010 (4) SA 1 (CC)
Pharmaceutical Manufacturers Associations of SA and Another: In re Ex parte President of the Republic of South Africa and Others 2000 (2) SA 674 (CC)
President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others 2000 (1) SA 1 (CC)
Thermaine Investments (Pty) Ltd t/a Improvair v Pareto Ltd and Others (5449/2011) 2011 ZAWCHC 99 (WCC) (28 april 2011)
Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd 2001 (1) SA 853 (SCA)
Trinity Broadcasting (Ciskei) v Independent Communications Authority of South Africa 2004 (3) SA 346 (SCA)
Umfolozi Transport (Edms) Bpk v Minister van Vervoer en Andere 1997 (2) All SA 548 (A)
Wessels v Minister for Justice and Constitutional Development and Others 2010 (1) SA 128 (GNP)

Engelse jurisprudentie

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation 1947 (2) All ER 680 (CA)
R v Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Datafin plc 1987 (1) All ER 564 (CA)

Reeds verschenen in de reeks Markt, overheid & recht

Deel 1	F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, 2011
Deel 2	A.D. Plaggemars, *Is de notaris de markt meester?*, 2011
Deel 3	C.J. Wolswinkel *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, 2013
Deel 4	E-M Peeters, *Intern toezicht bij woningcorporaties: de vrijblijvendheid voorbij*, 2014
Deel 5	N. Jak, *Semipublieke instellingen*, 2014