

**De Nationale ombudsman
&
de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking:
op naar de ombudsman als ‘one stop shop’?**

Een onderzoek naar de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en naar uitbreidingsmogelijkheden van deze bevoegdheid via het bestuursorgaanbegrip

Joanne de Bruijn
Studentnummer: 1703110
j.c.l.de.bruijn@law.leidenuniv.nl

Universiteit Leiden
Masterscriptie Rechtsgeleerdheid: Staats- en Bestuursrecht
Begeleider: prof. mr. drs. W. den Ouden
Aantal pagina's: 88

Leiden, november 2020



Universiteit Leiden

Inhoudsopgave

1. Inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Onderzoeksvragen en plan van aanpak	8
1.3 Afbakening onderzoek en terminologie	9
1.4 Onderzoeksmethode	11
1.5 Relevantie en plaatsbepaling onderzoek	12
2. De ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip	15
2.1 Inleiding	15
2.2 Het b-bestuursorgaanbegrip	15
2.2.1 Algemeen.....	15
2.2.2 Het wettelijk b-orgaan	16
2.2.3 Het buitenwettelijk b-orgaan: publieke-taakjurisprudentie.....	18
2.3 Het b-bestuursorgaanbegrip: de huidige koers	20
2.3.1 Het wettelijk b-orgaan	20
2.3.2 Het buitenwettelijk b-orgaan	22
2.3.3 Tussenconclusie	29
2.4 Waardering van de huidige koers	30
2.5 Voorbij het bestuursorgaanbegrip?.....	34
2.6 Conclusie.....	36
3. De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip	38
3.1 Inleiding	38
3.2 Introductie op de Nationale ombudsman als instituut	38
3.2.1 Kerntaken.....	38
3.2.2 Nationale ombudsman versus bestuursrechter	39
3.3 Hoe ver reikt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman?	40
3.4 Koppeling bevoegdheid Nationale ombudsman aan bestuursorgaanbegrip: onwenselijk?.....	42
3.5 De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip in de praktijk.....	45
3.6 Tussenconclusie.....	50
3.7 Op naar een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman?.....	51
3.8 Conclusie.....	52
4. Ombudsmaninstituut & ontstatelijking: het internationale perspectief	54
4.1 Inleiding	54
4.2 Het internationale kader	54

4.3 Het International Ombudsman Institute: de ombudsman als <i>'one stop shop'</i>	57
4.4 De Commissie van Venetië: de <i>Venice Principles</i>	59
4.5 In de praktijk: van woorden naar daden?	62
4.6 Conclusie	64
5. Samenvatting en slotbeschouwing	66
Bibliografie	78

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

In Nederland wordt het reclasseringswerk uitgevoerd door drie reclasseringsorganisaties (3RO): Stichting Reclassering Nederland (RN), Stichting Verslavingsreclassering GGZ (SVG) en Stichting Leger des Heils Jeugdbescherming & Reclassering (LJ&R). Enerzijds zijn de 3RO onafhankelijke privaatrechtelijke entiteiten met een eigen beleid, anderzijds oefent de overheid wel degelijk invloed uit op de 3RO. Zo moeten de 3RO de regels van de Reclasseringsregeling 1995 in acht nemen, waarin tevens de reclasseringswerkzaamheden zijn neergelegd. Dit zijn typische overheidstaken, zoals het geven van advies aan het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht en het houden van toezicht op daders en verdachten.¹ Bovendien zijn de 3RO als gevolg van de decentralisaties in het sociaal domein nauwer gaan samenwerken met gemeenten.² Ten slotte is de Minister van Justitie & Veiligheid verantwoordelijk voor de 3RO en worden de 3RO grotendeels gefinancierd door het Ministerie van Justitie & Veiligheid.³ De vraag rijst wat de rol van het publiekrecht is bij het uitvoeren van de reclasseringswerkzaamheden. Hoe is het handelen van de 3RO daarin genormeerd? Ook de vraag naar de rechtsbescherming is belangrijk: waar kan de burger terecht als hij ontevreden is over de uitvoering van de reclasseringswerkzaamheden?

Kan de burger in dat geval bij de *bestuursrechter* terecht? Daarvoor moet een reclasseringsorganisatie kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan. De bevoegdheid van de bestuursrechter is immers gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip; slechts tegen besluiten genomen door bestuursorganen staat bij de bestuursrechter beroep open (art. 8:1 jo. art. 1:3 Awb). Een privaatrechtelijke partij kan worden aangemerkt als bestuursorgaan voor zover deze is bekleed met enig openbaar gezag als bedoeld in art. 1:1, eerste lid, onder b, Awb. De bestuursrechter vereist hiervoor in beginsel een wettelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten.⁴ In een uitspraak van 13 januari 2015 oordeelde de bestuursrechter dat Stichting Reclassering Nederland niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan, omdat met het uitvoeren van

¹ Art. 8 Reclasseringsregeling 1995.

² Bac & Poort, *Sancties* 2019/59.

³ <https://www.reclassering.nl/over-de-reclassering/organisatie>.

⁴ Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133. Zie par. 2.2.2.

de reclasseringstaken zoals neergelegd in art. 8 en 9 Reclasseringsregeling 1995⁵ geen openbaar gezag wordt uitgeoefend.⁶ Bij de bestuursrechter lijkt de burger dus niet aan het juiste adres.

Kan de burger dan wellicht een klacht indienen bij de *Nationale ombudsman*? Net als bij de bestuursrechter is de bevoegdheid van de Nationale ombudsman gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip (art. 1a Wet Nationale ombudsman (WNo) jo. art. 9:18 Awb). Omdat de 3RO bij het uitvoeren van de reclasseringstaken zoals neergelegd in de Reclasseringsregeling 1995 niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorganen, is de Nationale ombudsman strikt genomen niet bevoegd om de klacht in behandeling te nemen. Ook bij de Nationale ombudsman lijkt de burger dus achter het net te vissen.

Deze casus is een concreet voorbeeld van de rechtsbeschermingsproblematiek rondom het fenomeen van ‘ontstatelijking’. Bij ontstatelijking spreekt men van een verschuiving tussen de grenzen van het publiekrecht en het privaatrecht. Publieke taken worden door de overheid in toenemende mate uitbesteed aan private partijen.⁷ Ontstatelijking zie je overal: van gemeenten die private zorgaanbieders inschakelen om besluiten in het sociaal domein feitelijk uit te voeren tot het inzetten van stichtingen en groepen burgers bij het verstrekken van publieke gelden.⁸ Bovendien wordt ingeschat dat het onwaarschijnlijk is dat de tendens van ontstatelijking op korte termijn omkeerbaar is.⁹ Dat maakt dat volop wordt nagedacht over de invloed van ontstatelijking op de rechtsstatelijke kernwaarden zoals normering en rechtsbescherming.¹⁰

In deze discussie rijst de vraag in hoeverre de laagdrempelige (aanvullende) rechtsbescherming bij de bestuursrechter of de Nationale ombudsman tegen het uitvoeren van publieke taken door private partijen is gewaarborgd. Zoals de casus over de 3RO illustreert, is deze rechtsbescherming gekoppeld aan het b-bestuursorgaanbegrip. Dit begrip wordt door de bestuursrechter principieel en strikt uitgelegd: private partijen die geen wettelijke publiekrechtelijke bevoegdheid, oftewel wettelijk openbaar gezag, hebben toegekend gekregen worden zelden aangemerkt als b-bestuursorgaan.¹¹ Dit heeft diverse onwenselijke gevolgen. De burger die niet terecht kan bij de bestuursrechter of de Nationale ombudsman, zoals in de casus over de 3RO, is aangewezen op de minder toegankelijke en laagdrempelige civiele rechter. Bovendien kunnen overheden misbruik maken van de strikte uitleg van

⁵ Het gaat hier om het verstrekken van adviezen en informatie binnen de sfeer van de voorwaardelijke invrijheidstelling, het houden van toezicht op de naleving van opgelegde voorwaarden of ontzetting van rechten en het uitvoeren van taakstraffen en andere straffen of maatregelen.

⁶ Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 8-10. Voor zover bekend is er geen hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. Zie ook paragraaf 2.3.1.

⁷ Zijlstra, *NTB* 2018/54, p. 313.

⁸ Jak 2019, p. 101.

⁹ M.W. Scheltema, *NTB* 2014/29.

¹⁰ Jak 2019, p. 103.

¹¹ Zie paragraaf 2.3.

het b-bestuursorgaanbegrip door de relatie met een private partij zo te construeren dat deze niet wordt aangemerkt als b-bestuursorgaan.¹² Dat heeft als voordeel dat er geen laagdrempelige rechtsbescherming openstaat en dus het voordeel van minder geschillen en controle door de rechter. Verder zijn bepaalde bijzondere wetten zoals de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) niet van toepassing indien een private partij geen b-orgaan is, waardoor ‘verdwijningsgevaar’ van deze publiekrechtelijke normen dreigt.¹³ In de literatuur worden talloze oplossingen aangedragen voor het probleem, die met name worden gespecificeerd voor de deelterreinen van het sociaal domein en het financiële bestuursrecht.¹⁴ De focus ligt daarbij op het uitbreiden van de rechtsmacht van de bestuursrechter en de oplossingen zijn veelal niet gelegen in de interpretatie van het bestuursorgaanbegrip zelf.¹⁵

In tegenstelling tot de bestuursrechter lijkt de Nationale ombudsman te zijn vergeten in de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. Dit verbaast, omdat de Nationale ombudsman een belangrijke rol vervult als aanvullende rechtsbeschermer en zijn bevoegdheid evenals die van de bestuursrechter is gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip. De problemen die bij de Nationale ombudsman kunnen ontstaan door het uitbesteden van publieke taken aan private partijen in combinatie met de strikte uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip zijn echter nog onderbelicht gebleven, laat staan dat er oplossingen worden aangedragen om zijn bevoegdheid uit te breiden. Sterker nog, zijn bevoegdheden worden in een recent wetsvoorstel dat ziet op rechtsbescherming in het sociaal domein juist beperkt.¹⁶

De Nationale ombudsman heeft reeds jaren geleden en herhaaldelijk aangegeven dat hij de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren te beperkt acht.¹⁷ Hieraan liggen onder meer de volgende argumenten ten grondslag. Ten eerste heeft ‘de overheid’ voor burgers een bredere betekenis dan het begrip ‘bestuursorgaan’.¹⁸ Zo ziet de burger het uitvoeren van reclasseringswerkzaamheden door de 3RO bij uitstek als een overheidstaak. De Nationale ombudsman heeft het burgerperspectief hoog in het vaandel staan en beoogt burgers te helpen als het ‘misgaat tussen hen en de overheid’.¹⁹ Dat kan spanningen opleveren als de Nationale ombudsman aan de burger moet uitleggen dat hij niet bevoegd is omdat de betreffende instelling naar

¹² Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000; Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145; Van den Brink 2018.

¹³ Den Ouden, *NTB* 2016/52, p. 391.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Jak, *NTB* 2018/49; Van den Brink & Den Ouden 2019; Den Ouden, *NTB* 2018/10.

¹⁵ Enkele auteurs hebben wel gepleit voor een hernieuwde interpretatie van het bestuursorgaanbegrip, zie bijvoorbeeld Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000; Den Ouden & Van Amerongen 2017; Van den Berge, *NTB* 2018/40, p. 221-222.

¹⁶ Het betreft een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) 2015; het Wetsvoorstel resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting. Zie voor het wetsvoorstel, de toelichting en de internetconsultatie <https://www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken>.

¹⁷ Nationale ombudsman 2000, p. 13; Nationale ombudsman 2007, p. 134-135.

¹⁸ Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

¹⁹ <https://www.nationaleombudsman.nl>.

het huidige recht geen overheid is, zoals in de casus over de 3RO. Daarnaast is de Nationale ombudsman, anders dan de bestuursrechter, niet gebonden aan het besluitbegrip: hij oordeelt over *gedragingen* van bestuursorganen. Gedragingen omvatten niet alleen Awb-besluiten, maar ook privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen.²⁰ Zoals gezegd, heeft de restrictieve uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip echter tot gevolg dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen zelden als b-bestuursorganen worden aangemerkt. Dit terwijl de Nationale ombudsman als aanvullende rechtsbeschermer juist met name oordeelt over gedragingen van private partijen die niet bestaan uit het uitoefenen van openbaar gezag²¹ en deze gedragingen evenzeer ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor burgers, zoals het uitvoeren van reclasseringswerkzaamheden door de 3RO. Zelfs als een private partij kan worden aangemerkt als b-bestuursorgaan, strekt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich slechts uit tot de gedragingen *gerelateerd aan* het uitoefenen van openbaar gezag door deze private partij.²² De bovengeschetste problematiek vormt aanleiding om onderzoek te doen naar de wijze waarop de Nationale ombudsman omspringt met zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en naar uitbreidingsmogelijkheden van deze bevoegdheid.

1.2 Onderzoeksvragen en plan van aanpak

In het licht van het voorgaande staat in deze scriptie de volgende onderzoeksvraag centraal:

In hoeverre is het mogelijk en wenselijk dat de Nationale ombudsman het b-bestuursorgaanbegrip minder strikt interpreteert dan de bestuursrechter teneinde te kunnen oordelen over gedragingen van private partijen die een publieke taak uitvoeren, maar geen openbaar gezag toegekend hebben gekregen?

De volgende deelvragen zijn van belang om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden:

- Hoe heeft het b-bestuursorgaanbegrip zich ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie in de afgelopen jaren?
- Hoe ziet de Nationale ombudsman zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren?
- Welke inspiratie biedt de internationale visie op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren?

²⁰ Jak 2014, p. 111-112.

²¹ Nationale ombudsman 2000, p. 13; Fernhout 2002, p. 167-168; Nationale ombudsman 2007, p. 134; Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

²² *Kamerstukken II* 1996/97, 25456, nr. 3, p. 4; Jak 2014, p. 111-112.

Hoofdstuk 2 gaat in op de ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Het hoofdstuk vangt aan met het b-bestuursorgaanbegrip in theorie en analyseert en evalueert vervolgens de wijze waarop de bestuursrechter het b-bestuursorgaanbegrip in de praktijk invult. In hoofdstuk 3 wordt dieper ingegaan op de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het b-bestuursorgaanbegrip. Daarbij komt onder meer aan bod hoe de Nationale ombudsman aankijkt tegen zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en wordt onderzocht hoe hij in de praktijk omspringt met deze bevoegdheid. Hoofdstuk 4 bespreekt de internationale visie op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en onderzoekt welke inspiratie aan deze visie kan worden ontleend. Hoofdstuk 5 bevat een samenvatting en een slotbeschouwing waarin de centrale onderzoeksvraag wordt beantwoord en verschillende ‘oplossingen’ worden geëvalueerd voor de te beperkte bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren.

1.3 Afbakening onderzoek en terminologie

Allereerst dient te worden vermeld waarom de ‘oplossing’ voor de te beperkte bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren in dit onderzoek wordt gezocht in de bredere context van het *bestuursorgaanbegrip*. In paragraaf 1.1 bleek dat de oplossingen die in de literatuur worden aangedragen om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden juist zien op specifieke deel terreinen en daarmee veelal niet zijn gelegen in de (vernieuwde) interpretatie van het bestuursorgaanbegrip. Zo is een vaak aangedragen oplossing het nemen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming. Bij de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is het besluit van een bestuursorgaan te beschouwen als kern, maar zij omvat ook *besluitgerelateerd* handelen van het bestuursorgaan.²³ De focus ligt op het als ‘te knellend’ ervaren besluitbegrip, terwijl het bestuursorgaanbegrip naar de achtergrond verdwijnt. Er wordt dan per beleidsterrein naar een passende oplossing gezocht waarin naast het besluit ook andere voor de burger ingrijpende handelingen van bestuursorganen en private actoren onder de rechtsmacht van de bestuursrechter worden gebracht.

Toch gaat het in wezen op alle beleidsterreinen waarop ontstatelijking valt waar te nemen om hetzelfde type probleem: de uitvoering van publieke taken door private partijen valt steeds vaker buiten de reikwijdte van het publiekrecht. De verschillende beleidsterreinen kunnen daarom juist leren van elkaars ervaringen met betrekking tot deze problematiek.²⁴ Het creëren van een aparte regeling door de bijzondere wetgever voor elk beleidsterrein zorgt ervoor dat de samenhang tussen de

²³ Zie onder meer Van Ommeren & Huisman 2013; J.A.F. Peters 2018; Schlössels 2019.

²⁴ Zijlstra 2012, p. 170.

beleidsterreinen wordt losgelaten, met een versnipperd debat als gevolg. Bovendien is de voornaamste doelstelling van de Awb het uniformeren en systematiseren van de bestuursrechtelijke wetgeving en het bestuursorgaanbegrip vervult daarbij als een van de kernbegrippen een belangrijke rol.²⁵ Het creëren van een aparte regeling voor elk beleidsterrein staat op gespannen voet met deze gedachte. Tot slot maakt het in paragraaf 1.1 aangestipte verschil gelegen in het object van toetsing van de Nationale ombudsman en de bestuursrechter dat een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip juist voor de Nationale ombudsman een aantrekkelijk perspectief is. Voor de bestuursrechter biedt een minder strikte interpretatie van het wettelijk openbaar gezag geen uitkomst. Hij oordeelt immers over *besluiten* van bestuursorganen, waardoor de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling nog steeds is vereist. De Nationale ombudsman daarentegen oordeelt over *gedragingen*, zodat hij met een minder strikte uitleg van het wettelijk openbaar gezag twee vliegen in één klap slaat: hij kan dan zowel over het uitvoeren van een wettelijke overheidstaak door een private partij als over daaraan gerelateerde privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen van deze private partij oordelen. Het onderzoek in deze scriptie focust dan ook op de mogelijkheden om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman uit te breiden die zien op een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip.

Daarnaast zijn hier, in deze afbakenende paragraaf, enkele opmerkingen over de bestuursrechtelijke geschillen die in deze scriptie geanalyseerd zullen worden op zijn plaats.²⁶ Deze geschillen, waarin steeds de vraag centraal staat of een bepaalde private partij kan worden aangemerkt als b-bestuursorgaan, kunnen onderverdeeld worden in twee categorieën. In de eerste categorie geschillen staat bovengenoemde vraag centraal in het kader van een door de burger gedaan verzoek om informatie op grond van de Wob. Deze categorie illustreert een bijkomend gevolg van de strenge koers van de bestuursrechter, namelijk het ‘verdwijningsgevaar’ van publiekrechtelijke normen zoals aangestipt in paragraaf 1.1. In de tweede categorie geschillen vraagt de burger om materiële rechtsbescherming tegen een beslissing van een private partij in het kader van het uitvoeren van een publieke taak. Deze categorie illustreert de kern van de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking: als gevolg van de toenemende ontstatelijking in combinatie met de strenge koers van de bestuursrechter kan de burger steeds minder vaak terecht bij de bestuursrechter. De nadruk in de bespreking van de jurisprudentie zal daarom liggen op geschillen uit deze laatste categorie.

Dan een toelichting op het gebruik van het begrip ‘publieke taak’ in deze scriptie. Het begrip ‘publieke taak’ kan enerzijds worden gebruikt als criterium voor het al dan niet aanmerken van een private partij als b-bestuursorgaan. Gebruik door de bestuursrechter van het criterium ‘publieke taak’ in het

²⁵ Zijlstra 2012, p. 169.

²⁶ Zie paragraaf 2.3.

verleden heeft echter geleid tot stevige kritiek.²⁷ Het is een vaag criterium en er bestaat onenigheid over de invulling ervan. Anderzijds kan het begrip ‘publieke taak’ ook worden gebruikt vanuit het perspectief van de burger. Dan wordt er gedoeld op het uitoefenen van een bevoegdheid of het uitvoeren van een taak die de burger rekent tot het domein van de overheid. Op deze wijze wordt het begrip ‘publieke taak’ in de onderzoeksvraag gebruikt.

Tot slot dient te worden vermeld dat in deze scriptie niet zal worden ingegaan op kwesties zoals de reikwijdte van de bevoegdheid en het toepassen van afdeling 9.1 en 9.2 Awb, *mocht* de bevoegdheid van de Nationale ombudsman kunnen worden uitgebreid. De scriptie onderzoekt dus de mogelijkheid en wenselijkheid om via een ander bestuursorgaanbegrip te komen tot een eventuele uitbreiding van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren *an sich*.

1.4 Onderzoeksmethode

Om de deelvragen en de centrale onderzoeksvraag van deze scriptie te kunnen beantwoorden, is met name gebruikgemaakt van de klassiek-juridische onderzoeksmethode. Daarbij is onderzoek gedaan naar de relevante wetsgeschiedenis, jurisprudentie, ‘ombudsprudentie’ en literatuur. Anders dan hoofdstuk 2 en 3, bevat hoofdstuk 4 geen jurisprudentie- of ombudsprudentieonderzoek. In dit hoofdstuk is naast literatuuronderzoek online onderzoek gedaan naar internationale bronnen met betrekking tot het ombudsmaninstituut en is tevens een kleine rechtsvergelijking uitgevoerd.

In hoofdstuk 2 is allereerst een beeld geschetst van het b-bestuursorgaanbegrip in theorie. Daarvoor is onder meer gebruikgemaakt van de wetsgeschiedenis van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) en de Awb en hetgeen daarover in de literatuur is opgemerkt. Vervolgens is aan de hand van bestuursrechtelijke uitspraken van de afgelopen jaren onderzocht hoe de bestuursrechter in de praktijk omspringt met het b-bestuursorgaanbegrip. Om de relevante uitspraken op te kunnen sporen, is gebruikgemaakt van de *Kroniek bestuurlijke organisatie*. Deze Kroniek wordt gepubliceerd in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB) en behandelt elk halfjaar actualiteiten over onder meer bestuursorganen en semipublieke instellingen. De Kroniek bood telkens een nuttig uitgangspunt. Aangezien de invloed van ontstatelijking op rechtsstatelijke kernwaarden zoals normering en rechtsbescherming momenteel een *hot topic* is, kon voor het overige deel van hoofdstuk 2 gebruik worden gemaakt van veel nuttige en recente artikelen en bijdragen in boeken.

²⁷ Zie o.a. Zijlstra 2008, p. 69-73. Paragraaf 2.2.3 gaat hier dieper op in.

In hoofdstuk 3 is eerst aan de hand van de wetsgeschiedenis van de WNo en de Awb nagegaan wat de bedoeling van de wetgever is geweest met betrekking tot de reikwijdte van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Vervolgens is onderzocht hoe de Nationale ombudsman zelf aankijkt tegen de reikwijdte van deze bevoegdheid. Deze visie kon worden afgeleid uit verschillende bijdragen, artikelen en jaarverslagen van de voormalige Nationale ombudsmannen Fernhout en Brenninkmeijer. Om een beeld te schetsen van de wijze waarop de Nationale ombudsman in de praktijk omspringt met de koppeling van zijn bevoegdheid aan het bestuursorgaanbegrip, is een aantal rapporten van de Nationale ombudsman geanalyseerd naar aanleiding van klachten over private partijen die een publieke taak uitvoeren. Daarbij is de invulling door de Nationale ombudsman van het b-bestuursorgaanbegrip in deze rapporten langs de lat van de in hoofdstuk 2 besproken bestuursrechtelijke jurisprudentielijn gelegd.

In hoofdstuk 4 is via online onderzoek nagegaan welke internationale (ombudsman)organisaties zich bezighouden met het versterken van het ombudsmaninstituut. In dit verband bleken met name het International Ombudsman Institute (IOI), de Verenigde Naties (VN) en de Raad van Europa (RvE) vermeldenswaardig. Vervolgens is onderzocht wat de visie is van deze organisaties op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. De visie van het IOI kon worden afgeleid uit diverse door het IOI gepubliceerde papers van (voormalige) (vice)presidenten van het IOI. Uit een analyse van verschillende *soft law*-instrumenten van de RvE is gebleken dat de RvE sinds kort een soortgelijke visie als die van het IOI verkondigt. Om te illustreren dat er in de praktijk wel degelijk ombudsmaninstituten bestaan met een ruime(re) bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren, is de ombudsmanwetgeving van een drietal buitenlandse ombudsmaninstituten geanalyseerd.

Tot slot dient te worden vermeld dat er ter afronding van dit scriptieonderzoek een gesprek heeft plaatsgevonden met de Nationale ombudsman. In dit gesprek is het eindresultaat besproken en zijn enkele vragen over de ombudsmanpraktijk die zijn opgekomen tijdens het schrijven van de scriptie voorgelegd aan de Nationale ombudsman.

1.5 Relevantie en plaatsbepaling onderzoek

Zoals in paragraaf 1.1 bleek, is het onderzoek in deze scriptie is te plaatsen binnen de algemene discussie over *ontstatelijking*. Het fenomeen van ontstatelijking staat momenteel volop in de schijnwerpers. Er wordt veel nagedacht en geschreven over de invloed van ontstatelijking op de rechtsstatelijke kernwaarden. Zo vraagt men zich af in hoeverre publiekrechtelijke normering van en bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen private partijen die publieke taken uitvoeren is

gewaarborgd.²⁸ Zowel de normering van als de rechtsbescherming tegen het uitvoeren van publieke taken door private partijen is gekoppeld aan het b-bestuursorgaanbegrip. Omdat het b-bestuursorgaanbegrip door de bestuursrechter strikt wordt uitgelegd, worden private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen zelden aangemerkt als b-bestuursorgaan. Als gevolg daarvan vallen publieke taken vaak buiten de werking van het publiekrecht. Auteurs dragen daarom allerlei oplossingen aan om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden en vragen zich daarbij af of het bestuursorgaanbegrip als bedoeld in art. 1:1, eerste lid, Awb nog wel houdbaar is.

Over de problemen die bij de Nationale ombudsman kunnen ontstaan door het uitbesteden van publieke taken aan private partijen in combinatie met de strikte uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip is echter nog weinig geschreven. Ook de bevoegdheid van de Nationale ombudsman is gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip. Als gevolg van de ontstatelijking ontvangt de Nationale ombudsman steeds vaker klachten over de uitvoering van publieke taken door private partijen, waaronder de 3RO. In dergelijke situaties worstelt de Nationale ombudsman met zijn bevoegdheid. Enerzijds brengt de restrictieve uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip mee dat de Nationale ombudsman niet bevoegd is indien de private partij geen openbaar gezag uitoefent. Anderzijds is dit onwenselijk, omdat het uitvoeren van de taak wel degelijk onder de verantwoordelijkheid van de overheid valt en ingrijpende gevolgen kan hebben voor de burger. De Nationale ombudsman heeft dan ook gevraagd om een onderzoek in te stellen naar zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren. Het onderzoek beoogt duidelijkheid te scheppen over deze bevoegdheid en mogelijke uitbreiding daarvan. Het wil zo handvatten bieden voor de toekomst. Daarmee tracht het onderzoek ook bij te dragen aan de geschetste discussie over ontstatelijking, meer in het bijzonder aan de discussie over de houdbaarheid van de huidige invulling van het bestuursorgaanbegrip.

Tot slot is het onderzoek te plaatsen binnen de discussie over een *'responsief bestuursrecht'*. Het begrip *'responsief'* duikt de laatste jaren vaak op in de literatuur. Scheltema omschrijft de responsieve rechtsstaat als een *"rechtsstaat die zich richt op de burger zoals die echt bestaat."*²⁹ Vanuit de gedachte van een responsiviteit zou in het bestuursrecht meer rekening moeten worden gehouden met het burgerperspectief. Er moet worden uitgegaan van de burger die zoveel mogelijk zijn eigen keuzes wil maken, maar die niet altijd even slim, daadkrachtig en rationeel reageert. Ervaart de burger een responsieve rechtsstaat, dan voelt hij zich serieus genomen door de overheid en krijgt hij meer vertrouwen in de overheid.³⁰

²⁸ Jak 2019, p. 103.

²⁹ M. Scheltema, *RegelMaat* 2018/3.2, p. 121.

³⁰ M. Scheltema, *RegelMaat* 2018/3.2, p. 121.

De Nationale ombudsman wijst er in zijn jaarverslag over 2019 op dat de uitbesteding van overheidstaken aan private partijen de afstand tussen burger en overheid heeft vergroot: *“Hoe we het met elkaar geregeld hebben, is in de afgelopen jaren zeer complex geworden. Niet op de laatste plaats voor burgers. Zij moeten steeds meer zelf doen en zelf regelen. Bij wie zij terecht kunnen voor hulp of ondersteuning is te vaak onduidelijk. Ligt de verantwoordelijkheid bij de overheid of bij een private uitvoerder? En als gemeenten bepaalde taken uitbesteden aan instanties, wie is er dan eindverantwoordelijk? Daardoor krijgen mensen te maken met een overheid die ze niet meer kennen.”*³¹ Het burgerperspectief staat aldus door het uitbesteden van publieke taken aan private partijen steeds meer onder druk. Het is voor de burger onduidelijk waar hij moet zijn als hij ontevreden is over de uitvoering van uitbestede publieke taken. Bovendien is de burger aangewezen op de minder laagdrempelige en toegankelijke civiele rechter indien hij niet bij de bestuursrechter of de Nationale ombudsman terecht kan.³² Uitbreiding van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van gedragingen van dergelijke private partijen zou kunnen bijdragen aan een meer responsief bestuursrecht.

³¹ Nationale ombudsman e.a. 2019, p. 4.

³² M. Scheltema, *NTB* 2016/49, p. 370-371.

2. De ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip

2.1 Inleiding

Het al dan niet kwalificeren als b-bestuursorgaan van een private partij bepaalt voor een groot deel de rol van het publiekrecht bij de uitvoering van publieke taken door de private partij. Als een private partij kwalificeert als bestuursorgaan, zijn daar namelijk belangrijke consequenties aan verbonden vanuit het oogpunt van publiekrechtelijke normering en bestuursrechtelijke rechtsbescherming.³³ Zo werd in hoofdstuk 1 al aangestipt dat een burger die ontevreden is over de uitvoering van reclasseringswerkzaamheden door Stichting Reclassering Nederland op dit moment noch bij de bestuursrechter, noch bij de Nationale ombudsman terecht kan: de Stichting is geen b-orgaan. Het is dan ook van belang om stil te staan bij de ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip, dat een bewogen historie kent en waarover bestuursrechtjuristen zich nog altijd het hoofd breken. Paragraaf 2.2 introduceert het b-bestuursorgaanbegrip, waarbij wordt ingegaan op het onderscheid tussen het wettelijk en het buitenwettelijk b-orgaan. Paragraaf 2.3 analyseert vervolgens de huidige koers van de bestuursrechter ten aanzien van het b-bestuursorgaanbegrip aan de hand van een aantal uitspraken van de afgelopen jaren. Daar zal blijken dat de bestuursrechter een restrictieve uitleg geeft aan het b-bestuursorgaanbegrip. Paragraaf 2.4 waardeert de koers van de bestuursrechter vanuit het vertrekpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van de burger. Gezien de hedendaagse stand van zaken vragen bestuursrechtjuristen zich af of de huidige invulling van het bestuursorgaanbegrip door de rechter nog wel houdbaar is, een vraag waarop in paragraaf 2.5 wordt ingegaan. In paragraaf 2.6 volgt een conclusie.

2.2 Het b-bestuursorgaanbegrip

2.2.1 Algemeen

Art. 1:1, eerste lid, Awb bepaalt dat onder 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.

Er wordt in de Awb aldus een onderscheid gemaakt tussen a-organen en b-organen. Een a-orgaan is een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van art. 2:1 BW, dus een

³³ Jak 2014, p. 56.

privaatrechtelijke partij kan geen a-orgaan zijn. (Een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon kan wel een b-orgaan zijn, voor zover hij bekleed is met enig openbaar gezag. In beginsel kan openbaar gezag slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend. Ontbreekt een daartoe strekkend wettelijk voorschrift, dan is (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel geen b-orgaan. Toch kan hier een uitzondering op worden gemaakt, indien wordt voldaan aan de criteria die zijn ontwikkeld in de publieke-taakjurisprudentie, die hierna zal worden besproken. Er zijn dus twee soorten b-bestuursorganen: wettelijke en buitenwettelijke b-organen.

In paragraaf 2.1 werd reeds aangestipt dat er vanuit het oogpunt van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en publiekrechtelijke normering belangrijke consequenties verbonden zijn aan het al dan niet kwalificeren als bestuursorgaan. Het gaat daarbij om het volgende. Ten eerste kan een bestuursorgaan besluiten nemen in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb waarvan alleen de bestuursrechter in beginsel bevoegd is kennis te nemen. Ten tweede zijn bestuursorganen gebonden aan de normen van de Awb. Tot slot wordt het bestuursorgaanbegrip ook gehanteerd in een aantal bijzondere wetten, zoals de Wob en de WNo.³⁴ Voor wat betreft de publiekrechtelijke normering bestaat er een belangrijk verschil tussen a-organen en b-organen. A-organen zijn voor *al* hun handelingen gebonden aan de normen van de Awb, inclusief feitelijke en privaatrechtelijke handelingen. B-organen zijn slechts gebonden aan de normen van de Awb *voor zover* zij openbaar gezag uitoefenen.³⁵ Het onderscheid tussen a-organen en b-organen is overigens niet van belang voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, nu voor beide geldt dat de bestuursrechter alleen bevoegd is indien er sprake is van een besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb.³⁶

2.2.2 Het wettelijk b-orgaan

In de vorige paragraaf bleek dat openbaar gezag in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift wordt toegekend. De achterliggende gedachte hiervan is het legaliteitsbeginsel: overheidsoptreden dat ingrijpt in de rechten en plichten van burgers moet een grondslag in de wet hebben.³⁷ Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb valt op te maken dat de Awb-wetgever bij de invulling van het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ expliciet aansluiting heeft gezocht bij de voorloper van de Awb, de Wet Arob: *“het uit artikel 1 van de Wet Arob overgenomen definitie-element «met enig openbaar gezag bekleed» 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.”*³⁸ De vraag rijst hoe deze definitie onder de Wet Arob tot stand is gekomen.

³⁴ Jak 2014, p. 56 en p. 110. Hoofdstuk 3 gaat dieper in op de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.

³⁵ De Poorter, in: *T&C Awb 2019*, art. 1:1 Awb, aant. 3; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 226; Peters & Zijlstra 2008, p. 113.

³⁶ Jak 2014, p. 81-82.

³⁷ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 227.

³⁸ Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

Uit de parlementaire behandeling van de Wet Arob valt op te maken dat in ieder geval de aan een orgaan toegekende bevoegdheid tot het nemen van beschikkingen als bedoeld in art. 2 Wet Arob de uitoefening van enig openbaar gezag inhoudt. Verder laat de parlementaire geschiedenis weinig los over de invulling van het criterium.³⁹ Het lijkt er aldus op dat de wetgever een nadere invulling van het criterium destijds heeft overgelaten aan de bestuursrechter.⁴⁰ Een analyse van bestuursrechtelijke jurisprudentie waarin de invulling van het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ zoals neergelegd in art. 1 Wet Arob centraal stond, leert dat de bestuursrechter het criterium als volgt heeft ingevuld: in een wet dient aan (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling te zijn toegekend.⁴¹ Uit de literatuur volgt dat auteurs toentertijd dezelfde conclusie trokken. Zo overweegt Michiels dat *“het zijn van een administratief orgaan gekoppeld is aan het bezit van publiekrechtelijke bevoegdheden”*⁴² en vat Van Maarseveen het criterium ‘openbaar gezag’ in zijn commentaar op art. 1 van de Wet Arob op als *“met publiekrechtelijke bevoegdheid omkleed”*.⁴³

De definitie van het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ is aldus tot stand gekomen in de jurisprudentie van de bestuursrechter onder de Wet Arob, welke jurisprudentie lijn als het ware is gecodificeerd in de parlementaire geschiedenis van de Awb. Enigszins verwarrend is het feit dat verderop in de memorie van toelichting een andere definitie wordt gehanteerd voor het criterium, namelijk dat *“aan een orgaan een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.”*⁴⁴ Gezien de eerstgenoemde definitie zou men zich kunnen afvragen wat de toegevoegde waarde van de overheidstaak is, zo overweegt zowel Zijlstra als Jak.⁴⁵ In ieder geval lijkt deze passage te suggereren dat de wetgever een wettelijke overheidstaak op zichzelf onvoldoende acht om een instelling aan te merken als wettelijk b-orgaan. De bestuursrechtelijke jurisprudentie leert dat de bestuursrechter gevolg heeft gegeven aan dit standpunt. Hij acht een wettelijke overheidstaak onvoldoende, omdat daarmee niet per definitie een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt uitgeoefend.⁴⁶ Daarmee lijkt de bestuursrechter, in navolging van de wetgever, een restrictieve uitleg te geven aan het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’.⁴⁷

³⁹ *Kamerstukken II* 1970/71, 11279, nr. 3, p. 9; Goorden 1990, p. 165-166.

⁴⁰ Zo overweegt ook J.A. Borman in zijn annotatie bij ARRvS 7 april 1978, *AB* 1978, 474.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld ARRvS 3 april 1979, *AB* 1979, 368, m.nt. F.H. van der Burg; ARRvS 16 januari 1991, *AB* 1991, 662, m.nt. I.C. van der Vlies; ARRvS 24 mei 1993, *AB* 1994, 577, m.nt. R.M. van Male.

⁴² Michiels 1987, p. 64-67.

⁴³ Van Maarseveen 1976.

⁴⁴ Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

⁴⁵ Zijlstra 2008, p. 18; Jak 2014, p. 60-62.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*NV Luchthaven Schiphol*); CBb 2 april 2003, *AB* 2004/162, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Nuon*).

⁴⁷ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 230-232.

2.2.3 Het buitenwettelijk b-orgaan: publieke-taakjurisprudentie

Bij uitzondering kan (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon toch als b-orgaan worden aangemerkt, ook al is er geen sprake van bij wettelijk voorschrift toegekend openbaar gezag. Met name op het terrein van het ‘presterend’ bestuur, waarbij private partijen als doorgeefluik van financiële middelen fungeren, komt het voor dat het er alle schijn van heeft dat private partijen een overheidstaak uitvoeren, maar de wetgever geen wettelijk openbaar gezag heeft toegekend aan deze private partijen.⁴⁸ Om te voorkomen dat burgers als gevolg van deze privaatrechtelijke ‘vermomming’ van de overheid niet bij de bestuursrechter kunnen opkomen tegen de beslissingen van dergelijke private partijen, acht de bestuursrechter zich sinds jaar en dag toch bevoegd indien is voldaan aan een aantal criteria die in de loop der jaren zijn ontwikkeld in de zogenoemde publieke-taakjurisprudentie.

De Silicose-uitspraak wordt gezien als funderende uitspraak voor de publieke-taakjurisprudentie in het Awb-tijdperk.⁴⁹ De jurisprudentie die daarna in het kader van het buitenwettelijk b-orgaan tot stand is gekomen wordt wel Silicose-jurisprudentie genoemd. In deze jurisprudentie spelen vier criteria een rol, in de woorden van Jak: *“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.”*⁵⁰

Bovengenoemde criteria werden lang niet altijd even consistent en voorspelbaar toegepast door de bestuursrechter, waardoor bepaalde aspecten onduidelijk bleven. Zo vroeg men zich af of de bestuursrechter het criterium van de publieke taak wel als noodzakelijke voorwaarde beschouwt, waar de grens ligt bij de financiële relatie en wat de betekenis is van (institutionele) invloed van de overheid op de private rechtspersoon.⁵¹ Onder meer de inconsistentie en onvoorspelbaarheid van de publieke-taakjurisprudentie leidden tot felle kritiek in de literatuur. De kritiek komt samengevat neer op het volgende: (1) strijd met het legaliteitsbeginsel; (2) rechtsonzekerheid door de vaagheid van de criteria; en (3) legitimatie van een ondoorzichtige wijze van overheidsorganisatie.⁵²

⁴⁸ Jak 2019, p. 104-105.

⁴⁹ ABRvS 30 november 1995, *AB Klassiek* 2009/26, m.nt. G. Overkleef-Verburg (*Stichting Silicose Oud-mijnwerkers*); J.A.F. Peters, annotatie bij ABRvS 17 september 2014, *AB Klassiek* 2016/42.

⁵⁰ Jak 2014, p. 73.

⁵¹ Jak 2014, p. 74-77.

⁵² Zie o.a. Zijlstra 2008, p. 69-73. Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven zet de kritiek helder uiteen in zijn conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

In 2014 vormen de twee zaken Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio en Stichting Platform31 voor de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding om een conclusie te vragen aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven.⁵³ Het doel van de conclusie was om *“te komen tot een voor de rechtspraktijk goed hanteerbaar criterium, waarbij de ratio van de publieke-taakjurisprudentie niet uit het oog wordt verloren.”* Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven benadrukt in zijn conclusie de spanning die tussen deze twee doelen bestaat.⁵⁴ Het gaat hier om een spanning tussen een formele en een materiële invulling van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie. Een meer formele, strikte invulling van de criteria dient de rechtspraktijk en daarmee de rechtszekerheid. Het belang van de rechtsbescherming is daarentegen juist gediend bij een meer materiële, soepele invulling van de criteria. Hier schemert met name het bovengenoemde kritiekpunt over de vaagheid van de criteria door. Widdershoven is het eens met dit kritiekpunt en stelt dat het publieke taak-criterium ongeschikt is om te kunnen fungeren als zelfstandig criterium.⁵⁵ Toch overweegt hij uiteindelijk dat de andere kritiekpunten kunnen worden gerelativeerd. Hij stelt het belang van de rechtsbescherming, de bestaansreden van de publieke-taakjurisprudentie, voorop.⁵⁶ Daarmee lijkt het erop dat hij de voorkeur geeft aan een meer materiële, soepele invulling van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie.

In de zogenoemde 17 september-uitspraken volgt de Afdeling de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven nagenoeg volledig.⁵⁷ In deze uitspraken zijn de bestaande criteria van de publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt en iets aangescherpt. De Afdeling overweegt in deze uitspraken dat organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken bij wijze van uitzondering, ondanks het ontbreken van bij wettelijk voorschrift toegekend openbaar gezag, toch bestuursorganen in de zin van art. 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, Awb kunnen zijn. Er moet dan zijn voldaan aan twee cumulatieve eisen, die de Afdeling als volgt omschrijft:

“Het eerste vereiste is dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het inhoudelijke vereiste). Dat bestuursorgaan of die bestuursorganen hoeven geen zeggenschap te hebben over een beslissing over een verstrekking in een individueel geval.”

⁵³ Rb. Noord-Holland 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8741 en Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2915.

⁵⁴ Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.12.

⁵⁵ Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.8-4.11.

⁵⁶ Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.12.

⁵⁷ ABRvS 17 september 2014, *AB Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*) en ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/130, m.nt. H. Peters (*Stichting Platform31*).

“Het tweede vereiste is dat de verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, wordt gefinancierd door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het financiële vereiste).”⁵⁸

In lijn met de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven en de in de literatuur geuite kritiek overweegt de Afdeling dat de uitoefening van een overheids- of publieke taak geen zelfstandig criterium (meer) vormt om een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon als b-orgaan aan te merken.⁵⁹ Uit het inhoudelijke en financiële vereiste volgt reeds dat het gaat om het uitoefenen van een publieke taak.

2.3 Het b-bestuursorgaanbegrip: de huidige koers

De vraag rijst hoe de bestuursrechter de in paragraaf 2.2 besproken criteria in de praktijk toepast. Deze paragraaf analyseert uitspraken van de afgelopen jaren waarin de vraag centraal stond of een bepaalde private partij kan worden aangemerkt als b-bestuursorgaan. Eerst volgt een aantal uitspraken over het *wettelijk b-orgaan*, waarbij de bestuursrechter nagaat of er wettelijk openbaar gezag is toegekend aan een private partij. Daarna wordt een aantal uitspraken besproken waarin de bestuursrechter, nadat hij heeft vastgesteld dat géén wettelijk openbaar gezag is toegekend, aan de hand van het inhoudelijke en het financiële vereiste toetst of sprake is van een *buitenwettelijk b-orgaan*. Het doel is niet een uitputtend overzicht te geven, maar om een beeld te schetsen van de koers van de afgelopen jaren.

2.3.1 Het wettelijk b-orgaan

Rb. Gelderland 13 januari 2015 (Stichting Reclassering Nederland)

Deze casus is in de inleiding reeds geïntroduceerd ter illustratie van het onderwerp van deze scriptie. Eiser heeft bij Stichting Reclassering Nederland een Wob-verzoek ingediend. Stichting Reclassering Nederland houdt zich onder meer bezig met het geven van advies aan het OM en de rechterlijke macht en het houden van toezicht op de uitvoering van werkstraffen en op verdachten en/of daders. Om te bepalen of de Stichting een b-orgaan is, gaat de rechtbank na of bij wettelijk voorschrift enig openbaar gezag is toegekend aan de Stichting. Volgens de rechtbank is daar geen sprake van:

“Binnen de sfeer van de voorwaardelijke invrijheidstelling is verweerder op grond van de artikelen 8 en 9 van de Reclasseringsregeling 1995 belast met het opstellen van voorlichtingsrapportages, het verzamelen van informatie en het verstrekken hiervan. De rechtbank is van oordeel dat verweerder met het verstrekken

⁵⁸ ABRvS 17 september 2014, *AB Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.1. (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*) en ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/130, m.nt. H. Peters, r.o. 5.3. (*Stichting Platform31*).

⁵⁹ ABRvS 17 september 2014, *AB Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.2. (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

van adviezen en informatie niet eenzijdig de rechtspositie van andere (rechts)personen kan vaststellen, zodat geen sprake is van uitoefening van enig openbaar gezag. (...)"

*"Naar het oordeel van de rechtbank is evenmin gebleken dat verweerster op grond van enig ander wettelijk voorschrift met openbaar gezag is bekleed. Het is niet verweerster, maar het OM of de strafrechter die bijzondere voorwaarden kunnen opleggen aan een voorwaardelijk invrijheidgestelde. Dat dergelijke voorwaarden kunnen inhouden dat een voorwaardelijk invrijheidgestelde zich aan de aanwijzingen van de reclassering moet houden, zich aan bepaalde voorwaarden moet houden zolang de reclassering dit nodig acht en medewerking moet verlenen aan huisbezoeken van de reclassering betekent naar het oordeel van de rechtbank niet dat verweerster een eigen bevoegdheid tot het opleggen of wijzigen van bijzondere voorwaarden heeft, mede gelet op artikel 15a van het WvSr."*⁶⁰

De uitspraak laat zien dat wettelijk vastgelegde/opgedragen overheidstaken, hoewel deze ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor de burger, onvoldoende zijn om als b-orgaan te worden aangemerkt: er moet ook sprake zijn van een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van de burger.

ABRvS 28 juni 2017 (Stichting Leerlingenzorg Primair Onderwijs Almere)

In deze zaak staat de vraag centraal of Stichting Leerlingenzorg Primair Onderwijs Almere in het kader van een Wob-verzoek over openbaar gezag beschikt en derhalve als wettelijk b-orgaan kan worden aangemerkt. De Stichting is een samenwerkingsverband als bedoeld in art. 18a Wet op het primair onderwijs (Wpo) met als doelstelling een samenhangend geheel van voorzieningen voor extra ondersteuning binnen en tussen scholen te realiseren. Volgens de Afdeling brengt de omstandigheid dat de oprichting van samenwerkingsverbanden door de wet is voorgeschreven niet met zich dat een samenwerkingsverband reeds daarom ter zake van al haar taken met openbaar gezag is bekleed.

Vervolgens overweegt zij:

*"Het samenwerkingsverband kan ter zake van de haar in artikel 18a, zesde lid, onder c, van de Wpo toebedeelde taak te beslissen over de toelaatbaarheid van leerlingen tot het onderwijs aan een speciale school voor basisonderwijs in het samenwerkingsverband of tot het speciaal onderwijs worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb, nu deze beslissingen (...) voor bezwaar en beroep vatbare besluiten zijn en aan het samenwerkingsverband derhalve in zoverre een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend. Het Wob-verzoek heeft echter geen betrekking op die taak."*⁶¹

⁶⁰ Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 9-10.

⁶¹ ABRvS 28 juni 2017, AB 2017/257, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.5.

Voor wat betreft de aan de Stichting toegekende taak in art. 18a, zesde lid, onder c, Wpo oefent de Stichting openbaar gezag uit. Voor wat betreft de taak waarop het Wob-verzoek betrekking heeft, oefent de Stichting echter geen openbaar gezag uit. Daarom mist de Wob toepassing. Deze uitspraak laat goed zien dat de Wob alleen van toepassing is indien het Wob-verzoek ziet op een taak ten aanzien waarvan de private partij openbaar gezag uitoefent (en dus b-orgaan is).

ABRvS 6 december 2017 (Stek Jeugdhulp)

Ook in deze zaak staat een aantal Wob-verzoeken centraal. De verzoeken zijn gedaan aan de stichting Stek Jeugdhulp, een zorgaanbieder die in opdracht van gemeenten in de regio Rotterdam jeugd- en opvoedhulp aanbiedt. De Afdeling overweegt dat er geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan de stichting:

“Stek Jeugdhulp heeft onbetwist gesteld geen gecertificeerde instelling te zijn. Dit betekent dat zij geen beslissingen kan nemen ter uitvoering van de ondertoezichtstelling en in zoverre geen publiekrechtelijke bevoegdheden heeft. Ook anderszins is niet gebleken dat aan Stek Jeugdhulp, nu zij geen gecertificeerde instelling is, op grond van de Jeugdwet publiekrechtelijke bevoegdheden tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten zijn toegekend. (...)”⁶²

Uit deze uitspraak blijkt dat alleen aan gecertificeerde instellingen als bedoeld in de Jeugdwet openbaar gezag toekomt, voor zover zij publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen zoals het uitvoeren van een ondertoezichtstelling. Jeugdhulpaanbieders zoals Stek Jeugdhulp, die kunnen worden ingeschakeld door gecertificeerde instellingen, hebben geen publiekrechtelijke bevoegdheden en zijn dus geen b-orgaan. Er kan dan ook geen Wob-verzoek worden gedaan aan dergelijke jeugdhulpaanbieders.⁶³

Kortom: een private partij die geen wettelijke publiekrechtelijke bevoegdheid heeft toegekend gekregen, wordt niet aangemerkt als *wettelijk* b-bestuursorgaan. In een dergelijke situatie komt de publieke-taakjurisprudentie in beeld; is er misschien sprake van een *buitenwettelijk* b-bestuursorgaan?

2.3.2 Het buitenwettelijk b-orgaan

ABRvS 17 september 2014 (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio)

In deze zaak, één van de 17 september-uitspraken, komt appellant op tegen de afwijzing door Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio (hierna: Stichting Schipholregio) van zijn verzoek om een uitkering in natura vanwege de hinder die hij ondervond van vliegverkeer rondom luchthaven Schiphol. De Stichting Schipholregio heeft ten doel het bevorderen van de kwaliteit van de woon-,

⁶² ABRvS 6 december 2017, AB 2018/98, m.nt. G.E. Creijghton-Sluyk & W.S. Zorg, r.o. 3.5.

⁶³ G.E. Greijghton-Sluyk & W.S. Zorg, annotatie bij ABRvS 6 december 2017, AB 2018/98.

werk- en leefomgeving in de Schipholregio. Zij verstrekt onder meer uitkeringen aan ‘schrijnende gevallen’. Er is geen wettelijk openbaar gezag toegekend aan Stichting Schipholregio. Omdat zij geldelijke uitkeringen verstrekt aan derden, gaat de Afdeling na of zij bij wijze van uitzondering kan worden aangemerkt als buitenwettelijk b-orgaan door te toetsen of is voldaan aan het financiële en inhoudelijke vereiste. Volgens de Afdeling is niet voldaan aan het financiële vereiste:

“In het Convenant is vastgelegd dat Noord-Holland, Schiphol en Amsterdam ieder voor een gelijk deel bijdragen aan de financiering van de bureaunkosten van de stichting. Verder is daarin vastgelegd dat Schiphol tien miljoen euro beschikbaar stelt uitsluitend bestemd voor de financiering van schrijnende gevallen, de minister van Verkeer en Waterstaat tien miljoen euro beschikbaar stelt uitsluitend bestemd voor de financiering van gebiedsgerichte projecten, en Noord-Holland tien miljoen euro beschikbaar stelt voor de financiering van schrijnende gevallen en gebiedsgerichte projecten. Hieruit blijkt dat de uitkeringen aan schrijnende gevallen niet in overwegende mate worden gefinancierd door een of meer bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb. Dat, zoals het bestuur aanvoert, de totale middelen van de stichting wel voor twee derden afkomstig zijn van dergelijke bestuursorganen, maakt niet dat aan het financiële vereiste is voldaan. Bij het financiële vereiste dient te worden gekeken naar de financiering van de verstrekking in kwestie. Dat is in dit geval de regeling voor schrijnende gevallen.”⁶⁴

De onderhavige kwestie, schrijnende gevallen, werd gefinancierd door de N.V. Luchthaven Schiphol. De N.V. Luchthaven Schiphol is geen a-orgaan. Dat de totale middelen van Stichting Schipholregio wél voor twee derde afkomstig zijn van a-organen, doet er volgens de Afdeling niet toe. Huisman & Van Ommeren zetten vraagtekens bij de invulling van het financiële vereiste: *“Het zou toch veeleer voldoende moeten zijn dat de verstrekkingen in overwegende mate uit de publieke middelen worden bekostigd, ongeacht of zulks door een (bepaald) bestuursorgaan gebeurt.”⁶⁵* Volgens Den Ouden & Van Amerongen laat deze uitspraak zien dat het schijnbaar eenvoudige criterium van het financiële vereiste in de praktijk vreemd kan uitpakken, als men bedenkt dat Stichting Schipholregio een vorm van publiek-private samenwerking betreft die is gericht op het oplossen van een maatschappelijk probleem en de betrokken overheden dit duidelijk tot hun publieke taak rekenen. Bovendien is de N.V. Luchthaven Schiphol voor meer dan 90% in handen van de Nederlandse overheid.⁶⁶

ABRvS 17 september 2014 (Stichting Platform31)

Deze zaak vormt de andere helft van de 17 september-uitspraken. Appellante komt op tegen de afwijzing van haar onderzoeksvoorstel door Stichting NICIS, later opgegaan in Stichting Platform31. Stichting Platform31 heeft ten doel het verhogen van de kennisbasis voor stedelijk beleid en verstrekt

⁶⁴ ABRvS 17 september 2014, *AB Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*), r.o. 5.4.

⁶⁵ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 236.

⁶⁶ Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 144.

daartoe subsidies voor onderzoeksprogramma's. Door te toetsen aan het financiële en inhoudelijke vereiste gaat de Afdeling na of Stichting Platform31 kan worden aangemerkt als buitenwettelijk b- orgaan. Volgens de Afdeling is aan het financiële vereiste voldaan, nu de onderzoeksprogramma's in overwegende mate door de minister worden gefinancierd. De Afdeling is evenwel van oordeel dat niet is voldaan aan het inhoudelijke vereiste, nu de minister niet de te hanteren verstrekingscriteria heeft vastgesteld. De volgende overwegingen van de Afdeling vallen op:

"(...) Dat het onderzoek aan de algemene eisen van de NWO moet voldoen, is niet voldoende voor het oordeel dat de minister dan wel het algemeen bestuur van de NWO in beslissende mate de criteria voor het verstrekken van een geldelijke uitkering hebben bepaald. (...)"

"(...) De ambtenaren die deel uitmaken van de commissie die de onderzoeksvorstellen beoordeelt, zijn evenmin aan te merken als (vertegenwoordigers van) een of meer bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb die in beslissende mate de criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen bepalen. (...)"⁶⁷

De Afdeling acht de door de NWO gestelde algemene eisen dus onvoldoende, hoewel de NWO een publiekrechtelijke rechtspersoon is die a-organen oplevert. Volgens Peters springt de Afdeling zo wat nonchalant om met het criterium: van de NWO zou evenzeer de vereiste zeggenschap kunnen uitgaan.⁶⁸ Verder lijkt de Afdeling geen waarde te hechten aan bij de betrokken overheden werkzame ambtenaren, die bovendien de onderzoeksvorstellen beoordelen. Den Ouden & Van Amerongen merken op dat het materiële criterium van het inhoudelijke vereiste hier in de uitwerking een meer formele inkleuring krijgt.⁶⁹

ABRvS 17 december 2014 (Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen)

In het licht van de zojuist besproken 17 september-uitspraken staat in deze uitspraak de vraag centraal of Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (hierna: Stichting WEW) nog langer kan worden aangemerkt als b-orgaan. Stichting WEW is opgericht om borgstellingen te verstrekken aan particulieren voor hypothecaire leningen. Voorheen is Stichting WEW door de Afdeling altijd aangemerkt als bestuursorgaan. Nu oordeelt de Afdeling dat niet is voldaan aan het financiële vereiste van de publieke-taakjurisprudentie:

"(...) De inkomsten in 2013 bedroegen in totaal € 167.789.787,00, waarvan ruim 80% afkomstig was uit borgtochtprovisies. (...) Uit het vorenstaande volgt dat de geldmiddelen van de Stichting WEW nagenoeg

⁶⁷ ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting Platform31*), r.o. 5.5.

⁶⁸ ABRvS 17 september 2014, AB *Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

⁶⁹ Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145.

geheel afkomstig zijn van anderen dan een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb. Aangezien aldus aan het financiële vereiste, zoals geformuleerd in de meergenoemde uitspraken van 17 september 2014 niet is voldaan, is de Stichting WEW, anders dan de Afdeling eerder heeft geoordeeld (...), reeds om die reden niet aan te merken als een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b. De Afdeling komt derhalve niet meer toe aan een oordeel over de vraag of aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.”

Deze uitspraak is van belang, omdat de Afdeling breekt met een jarenlange jurisprudentielijn waarin Stichting WEW steeds is aangemerkt als b-orgaan. Voorheen hechtte de Afdeling waarde aan onder meer de goedkeuringsbevoegdheid van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en het feit dat het rijk de financiële risico's van Stichting WEW draagt.⁷⁰ Nu lijken deze vormen van overheidsinvloed geen rol meer te spelen. Hoewel ook vóór de 17 september-uitspraken is betoogd dat Stichting WEW geen b-orgaan zou zijn,⁷¹ wekt de Afdeling de indruk dat de 17 september-uitspraken de aanleiding zijn voor deze koerswijziging. De uitspraak laat zien dat de aangescherpte publieke-taakvereisten tot gevolg kunnen hebben dat een private partij die voorheen als b-orgaan werd aangemerkt, thans niet meer als b-orgaan wordt gezien. Dit speelt ook in meer recente uitspraken.⁷²

CRvB 24 december 2014 (Thuiszorgorganisatie)

Appellante heeft op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) hulp in de huishouding toegekend gekregen in de vorm van zorg in natura, verstrekt door een thuiszorgorganisatie. De thuiszorgorganisatie heeft appellante per brief geïnformeerd dat bij korte afwezigheid van de huishoudelijke hulp in verband met ziekte of vakantie geen vervanging wordt ingezet. De vraag staat centraal of deze brief een besluit is in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb. De Raad overweegt dat de brief geen besluit van het college van burgemeester en wethouders zelf inhoudt. Vervolgens wordt gekeken of de brief kan worden aangemerkt als besluit van de thuiszorgorganisatie, waarbij het in feite gaat om de vraag of de thuiszorgorganisatie kan worden aangemerkt als b-orgaan. Volgens appellante kan de thuiszorgorganisatie worden aangemerkt als buitenwettelijk b-orgaan, waarbij zij onder meer verwijst naar de Silicose-uitspraak. De Raad denkt daar anders over:

“Een vergelijking met de beide door appellante aangehaalde uitspraken gaat niet op nu in die zaken sprake was van een geheel andere wettelijke en feitelijke situatie. De inhoud van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting mede in aanmerking genomen bestaat er in dit geval geen aanleiding om een

⁷⁰ Zie onder meer ABRvS 12 november 1998, AB 1999/30, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom; ABRvS 23 december 2009, AB 2010/221, m.nt. H. Peters.

⁷¹ H. Peters, annotatie bij ABRvS 23 december 2009, AB 2010/221.

⁷² Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162, r.o. 4.13. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank Den Haag dat de Stichting Borgstellingsfonds voor de Landbouw, anders dan voorheen, niet als b-orgaan kan worden aangemerkt.

*bevoegdheid van de zorgleverancier aan te nemen tot het wijzigen van de zorgtoekenning die door het college is vastgesteld op grond van het bepaalde bij en krachtens de Wmo. (...)*⁷³

De Raad is aldus van oordeel dat er geen sprake is van wettelijk toegekend openbaar gezag. Opvallend genoeg verwerpt de Raad het beroep van appellante op de publieke-taakjurisprudentie zonder te verwijzen naar de 17 september-uitspraken. Jak merkt in zijn annotatie op dat het met het oog op de motivering van de uitspraak en de herkenbaarheid van de publieke-taakjurisprudentie wenselijk was geweest als de Raad dit wel had gedaan. De Raad was dan tot het oordeel gekomen dat de thuiszorgorganisatie geen buitenwettelijk b-orgaan is, nu niet aan de vereisten van de publieke-taakjurisprudentie was voldaan.⁷⁴

ABRvS 13 mei 2015 (Stichting Impuls)

In deze zaak komt appellant op tegen de beslissing van Stichting Impuls om zijn aanvraag om budget voor een bewonersinitiatief slechts gedeeltelijk toe te wijzen. Stichting Impuls voert als exploitant van een buurthuis vrijwilligersactiviteiten uit en is daartoe belast met de financiering voor bewonersinitiatieven. In dit verband is een ‘regiegroep’ opgericht bestaande uit buurtbewoners. Stichting Impuls ontvangt subsidie van het dagelijks bestuur van het stadsdeel Nieuw-West. Volgens de Afdeling kan noch Stichting Impuls, noch de regiegroep worden aangemerkt als buitenwettelijk b-orgaan, omdat niet is voldaan aan het inhoudelijke vereiste van de publieke-taakjurisprudentie:

*“Om aan het inhoudelijke vereiste te voldoen dient het dagelijks bestuur van het stadsdeel, als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb, beslissende invloed te hebben op de voorwaarden waaronder budget wordt toegekend voor bewonersinitiatieven. Het dagelijks bestuur heeft in het Kader 2013 regels opgenomen voor de financiering van bewonersinitiatieven. Daarin is bepaald dat een regiegroep één keer per jaar de criteria vaststelt waaraan de bewonersinitiatieven getoetst zullen worden. Voorts is bepaald dat de criteria inhoudelijk dienen aan te sluiten bij de thema’s die in de bewonersvergadering zijn vastgesteld. In dit geval heeft de regiegroep voor 2013 de toetsingscriteria voor de wijk Osdorp West en De Aker vastgesteld, (...). Hieruit volgt dat de inhoudelijke criteria waaraan de bewonersinitiatieven worden getoetst niet in beslissende mate worden bepaald door het dagelijks bestuur. Gelet hierop is niet voldaan aan het inhoudelijke vereiste. Dit betekent dat Impuls reeds hierom geen bestuursorgaan is als bedoeld in artikel 1:1, aanhef en onder b, van de Awb. Om dezelfde reden kan ook de regiegroep niet worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van die bepaling. (...)*⁷⁵

Net als in de *Platform31*-zaak wordt het inhoudelijke vereiste zeer streng uitgelegd door de Afdeling. Voor het vereiste van het ‘in beslissende mate’ bepalen van de criteria kan het dagelijks bestuur, een

⁷³ CRvB 24 december 2014, *Gst.* 2015/46, m.nt. N. Jak, r.o. 4.3.

⁷⁴ N. Jak, annotatie bij CRvB 24 december 2014, *Gst.* 2015/46, aant. 3-4.

⁷⁵ ABRvS 13 mei 2015, *AB* 2015/308, m.nt. W. den Ouden (*Stichting Impuls*), r.o. 5.2.

a-orgaan, niet volstaan met de regels opgenomen in het Kader 2013: de regiegroep kan zelf nadere criteria vaststellen. Het lijkt erop dat indien het a-orgaan bij het verstrekken van publieke middelen enige ruimte laat aan de private partij om nadere verstrekkingscriteria vast te stellen, reeds niet is voldaan aan het inhoudelijke vereiste.⁷⁶

CRvB 15 augustus 2018 (FMMU)

In deze zaak staat de vraag centraal of FMMU Advies BV bij het nemen van beslissingen op verzoeken om toekenning van een hoog persoonlijk kilometerbudget (hoog pkb) voor gehandicapten kan worden aangemerkt als b-orgaan. Met een hoog pkb kan op jaarbasis een bepaald aantal kilometers met de taxi worden gereisd tegen een gereduceerd tarief. Reizigers komen alleen in aanmerking voor een hoog pkb indien zij daarvoor zijn geïndiceerd, welke indicatiestelling plaatsvindt op grond van een tussen de Staat en FMMU gesloten overeenkomst. De Raad heeft in het verleden reeds geoordeeld dat de voorganger van FMMU, Argonaut BV, kan worden aangemerkt als bestuursorgaan.⁷⁷ Ook in deze zaak concludeert de Raad, aan de hand van een toets aan het inhoudelijke en het financiële vereiste, als zodanig:

“Aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. De FMMU heeft met de Staat der Nederlanden, vertegenwoordigd door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (minister), de Dienstverleningsovereenkomst (...) gesloten, op basis waarvan de FMMU (...) de bevoegdheid heeft om te beslissen op een aanvraag om toekenning van het recht op een hoog pkb. In het als bijlage bij deze dienstverleningsovereenkomst opgenomen en door de minister goedgekeurde Indicatieprotocol (...), zijn de toekenningscriteria voor een hoog pkb en de wijze van taakuitoefening beschreven. De FMMU is op grond van de dienstverleningsovereenkomst gehouden overeenkomstig het Indicatieprotocol te handelen. Wijziging van het Indicatieprotocol zonder toestemming van de minister is niet geoorloofd. In de Dienstverleningsovereenkomst is opgenomen dat de minister de FMMU aanwijzingen kan geven met betrekking tot de wijze waarop de FMMU aan de beoordelingscriteria invulling geeft bij zijn onderzoek, welke aanwijzingen de FMMU steeds moet opvolgen.”⁷⁸

“Onder verwijzing naar wat in 4.2 is overwogen, is de Raad van oordeel dat eveneens aan het financiële vereiste is voldaan. Degene die gebruik maakt van een Valys-pas geniet een financieel voordeel dat geheel ten laste komt van de rijksbegroting. De kosten van de indicering door de FMMU komen eveneens ten laste van deze begroting.”⁷⁹

⁷⁶ W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 13 mei 2015, AB 2015/308 (*Stichting Impuls*); Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145.

⁷⁷ CRvB 31 maart 2006, AB 2006/424, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij & P. van Duijvenvoorde (*Argonaut*).

⁷⁸ CRvB 15 augustus 2018, *Gst.* 2018/142, m.nt. N. Jak (*FMMU*), r.o. 4.5.

⁷⁹ CRvB 15 augustus 2018, *Gst.* 2018/142, m.nt. N. Jak (*FMMU*), r.o. 4.6.

Allereerst valt op dat FMMU, voorheen Argonaut, een vreemde eend in de bijt is. Uit de hiervoor besproken uitspraken is immers gebleken dat private partijen als gevolg van de strikte uitleg door de bestuursrechter van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie zelden worden aangemerkt als buitenwettelijk b-orgaan. Verder sluit de Raad in deze zaak voor het eerst expliciet aan bij de 17 september-uitspraken van de Afdeling. In maart 2018 deed de Raad ook al een uitspraak waarin FMMU als b-orgaan werd aangemerkt.⁸⁰ Deze uitspraak schepte verwarring, omdat de Raad niet verwees naar de 17 september-uitspraken, maar naar de ‘oude’ *Argonaut*-uitspraak. Het bleek te gaan om een omissie van de Raad, die met de onderhavige uitspraak is weggenomen.⁸¹ Tot slot illustreert deze zaak dat ‘presterend’ bestuur niet alleen uit het verstrekken van geldelijke uitkeringen, maar ook uit het verstrekken van op geld waardeerbare voorzieningen kan bestaan.⁸²

CBb 27 november 2018 (Taxi Centrale Schiphol)

In deze uitspraak staat de vraag centraal of Taxi Centrale Schiphol (hierna: TCS) handelt als b-orgaan wanneer het een aangesloten taxichauffeur van de aansluiting schorst. TCS is een zogenoemde toegelaten taxi organisatie (hierna: TTO), die beschikt over een door het college van burgemeester en wethouders op grond van de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) verleende TTO-vergunning. Om werkzaam te zijn op de Amsterdamse ‘opstapmarkt’ voor taxivervoer dient een taxichauffeur te beschikken over een door het college van burgemeester en wethouders verleende taxivergunning, welke alleen wordt toegekend aan chauffeurs die zijn aangesloten bij een TTO met TTO-vergunning. Schorsing van de aansluiting van een taxichauffeur door TCS heeft tot gevolg dat het college van burgemeester en wethouders de aan deze taxichauffeur verleende taxivergunning moet schorsen.⁸³ Het College overweegt ten eerste dat de Wp 2000 geen wettelijk voorschrift bevat waarmee aan TCS een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend.⁸⁴ TCS is dus geen wettelijk b-orgaan. Vervolgens overweegt het College dat de publieke-taakjurisprudentie in deze zaak niet van toepassing is:

“Voor zover appellant zich op het standpunt heeft willen stellen dat zich hier een in de uitspraak van de Afdeling van 17 september 2014 voorziene uitzondering voordoet op de regel dat openbaar gezag in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift kan worden toegekend, volgt het College hem daarin niet. Daarvoor is al doorslaggevend dat een TTO geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekt. Gelet op het legaliteitsbeginsel kan, anders dan bij “presterend” bestuur, ook niet worden aanvaard dat bij

⁸⁰ CRvB 21 maart 2018, *Gst.* 2018/105, m.nt. N. Jak (*FMMU*).

⁸¹ N. Jak, annotatie bij CRvB 15 augustus 2018, *Gst.* 2018/142 (*FMMU*).

⁸² Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven overwoog overigens in zijn conclusie van 23 juni 2014 reeds dat de indicatiestelling door Argonaut presterend bestuur betreft: “[H]et oordeel van Argonaut dat een burger kwalificeert voor een hoog pkb [is] bepalend voor het recht van de burger jegens de vervoerder (Transvision) op bovenregionaal taxivervoer voor gehandicapten en dus (indirect) voor de ‘toekenning’ van een op geld waardeerbare voorziening.” Zie conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.20.

⁸³ N. Jak, annotatie bij CBb 27 november 2018, *Gst.* 2019/34.

⁸⁴ CBb 27 november 2018, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak, r.o. 2.5.

*“belastend” bestuur openbaar gezag anders dan bij wettelijk voorschrift wordt gevestigd. Het College verwijst naar 3.2, 3.3 en 3.9 van de conclusie van staatsraad advocaat-generaal mr. R.J.G.M. Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.”*⁸⁵

Deze uitspraak is om een aantal redenen van belang. Ten eerste sluit het College zich met deze uitspraak voor het eerst expliciet aan bij de 17 september-uitspraken van de Afdeling. Daarbij valt op dat het College (iets) anders redeneert dan de Afdeling in beginsel doet: het College gaat direct over tot de vraag of TCS kan worden aangemerkt als b-orgaan, zonder eerst op te merken dat TCS niet kan worden aangemerkt als a-orgaan. Interessanter is dat de publieke-taakjurisprudentie gelet op het legaliteitsbeginsel volgens het College alleen kan worden toegepast bij ‘presterend’ bestuur en niet bij ‘belastend’ bestuur. De Afdeling heeft zich hier nog niet expliciet over uitgelaten. Enerzijds zou men kunnen beargumenteren dat uit de formulering van het inhoudelijke vereiste in de 17 september-uitspraken valt af te leiden dat de Afdeling zich op hetzelfde standpunt stelt, anderzijds lijkt de Afdeling in een recente uitspraak te suggereren dat de publieke-taakjurisprudentie ook kan gelden *buiten* ‘presterend’ bestuur.⁸⁶ Wel kan worden vastgesteld dat de opvatting van het College in lijn is met de in paragraaf 2.2.3 besproken conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven⁸⁷ en de parlementaire geschiedenis van de Awb.⁸⁸ In ieder geval heeft het onderhavige oordeel van het College alle gevolgen van dien voor de gedupeerde taxichauffeur: hij zit met een onbruikbare taxivergunning en kan de (ingrijpende) beslissing van TCS die daartoe heeft geleid niet bij de bestuursrechter aanvechten.

2.3.3 Tussenconclusie

Uit de jurisprudentieanalyse kan het volgende worden geconcludeerd. Zoals in paragraaf 2.2.2 reeds kort werd aangestipt, maakt de bestuursrechter een duidelijk onderscheid tussen een wettelijke overheidstaak en een publiekrechtelijke bevoegdheid. Een wettelijk toegekende overheidstaak, ook als de uitvoering daarvan zeer ingrijpende gevolgen kan hebben voor de burger, is onvoldoende om de privaatrechtelijke organisatie die met deze taak is belast aan te merken als wettelijk b-orgaan. De bestuursrechter geeft aldus een restrictieve invulling aan het begrip wettelijk openbaar gezag.

⁸⁵ CBB 27 november 2018, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak, r.o. 2.6.

⁸⁶ ABRvS 18 mei 2016, *AB* 2016/246, m.nt. J.A.F. Peters. Toevallig gaat het in deze uitspraak ook om een private partij die opereert binnen de taxibranche, namelijk Stichting TX-Keur (STX). Hoewel STX geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekt, toetst de Afdeling toch aan de criteria van de publieke-taakjurisprudentie (waaraan overigens niet wordt voldaan). Volgens annotator Peters is de toets aan de publieke-taakcriteria niet op zijn plaats in deze zaak, aangezien STX niet fungeert als *“doorgeefluikconstructie voor overheidsgelden”*.

⁸⁷ Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.2, 3.3 en 3.9.

⁸⁸ Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

Ook aan de aangescherpte criteria van de publieke-taakjurisprudentie geeft de bestuursrechter een strikte, formele invulling. Het is gebleken dat het ogenschijnlijk eenvoudige financiële vereiste in de praktijk lastig kan uitpakken, doordat vermogen soms wordt onderverdeeld in interne fondsen gekoppeld aan specifieke doeleinden.⁸⁹ Door middel van administratieve handelingen kan zo worden bewerkstelligd dat (niet) aan het financiële vereiste is voldaan. Bovendien is niet aan het financiële vereiste voldaan als de geldstroom via een aan de overheid gelieerde privaatrechtelijke rechtspersoon loopt.⁹⁰ Voor wat betreft het inhoudelijke vereiste valt op dat een a-orgaan niet kan volstaan met algemene regels voor het verstrekken van publieke middelen teneinde nadere invulling daarvan over te laten aan de private partij.⁹¹ Net als bij het financiële vereiste kan zo gemakkelijk worden bewerkstelligd dat (niet) aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. Verder lijkt institutionele overheidsinvloed op een private partij, zoals betrokkenheid van door a-organen aangestelde ambtenaren of bevoegdheden van een minister op grond van de statuten, geen rol te spelen. Vóór de aanscherping van de publieke-taakjurisprudentie zocht de bestuursrechter nog wel eens zijn heil in het publieke taak-criterium indien niet was voldaan aan het inhoudelijke vereiste, maar sinds de aanscherping gebeurt dit niet meer.⁹²

Den Ouden & Van Amerongen merken over de formele invulling van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie op: *“Al met al is onze conclusie dat er tot nu toe weinig is terechtgekomen van de gedachte van de staatsraad advocaat-generaal dat een relatief soepele toepassing van de criteria voor de financiële en inhoudelijke band aangewezen is, omdat privaatrechtelijke rechtspersonen dan snel kwalificeren als b-orgaan en dat goed is voor de rechtsbescherming van de burger.”*⁹³ Het lijkt erop dat de bestuursrechter een groter gewicht toekent aan het belang van de rechtszekerheid dan aan het belang van de rechtsbescherming.

2.4 Waardering van de huidige koers

Aldus kan worden geconstateerd dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen, door de bestuursrechter zelden worden aangemerkt als b-orgaan. In dergelijke ‘twijfelgevallen’ komt het immers aan op een toets aan de criteria van de publieke-taakjurisprudentie, die door de bestuursrechter streng worden uitgelegd. In sommige gevallen begint de bestuursrechter überhaupt niet aan deze toets. Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb⁹⁴ en de recente *Taxi*

⁸⁹ ABRvS 17 september 2014, *AB Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

⁹⁰ Den Ouden, *NTB* 2016/52, p. 390.

⁹¹ ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.5. (*Stichting Platform31*); ABRvS 13 mei 2015, *AB* 2015/308, m.nt. W. den Ouden (*Stichting Impuls*).

⁹² Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 oktober 2006, *AB* 2007, 81, m.nt. Sewandono (*Stichting Koppeling*).

⁹³ Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145-146.

⁹⁴ Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

Centrale Schiphol-uitspraak⁹⁵ lijkt namelijk te volgen dat een private partij die geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekt in ieder geval buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie valt. Derhalve valt de uitvoering van typische overheidstaken door private partijen zoals bijvoorbeeld watervoorzieningsbedrijven, stichtingen die publieke gelden verstrekken of private zorgaanbieders die door gemeenten zijn ingeschakeld buiten de werking van het publiekrecht.

Deze paragraaf waardeert de huidige koers van de bestuursrechter vanuit het vertrekpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van de burger. Het bieden van individuele rechtsbescherming en een adequaat kader daarvoor is een van de primaire functies van de Awb.⁹⁶ Hoewel de Awb-wetgever de bestuursrechter bij het b-bestuursorgaanbegrip weinig ruimte heeft gelaten voor de invulling van het wettelijk openbaar gezag,⁹⁷ heeft hij uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten van een buitenwettelijke grondslag.⁹⁸ De publieke-taakjurisprudentie die in dit verband tot stand is gekomen, is ingegeven vanuit het oogpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de overheid in privaatrechtelijke ‘vermomming’.⁹⁹ Ook staatsraad advocaat-generaal Widdershoven stelt het belang van bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorop in zijn conclusie.¹⁰⁰ Onder bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt hier verstaan: de mogelijkheid voor de burger om een probleem voor te leggen aan een laagdrempelige instantie zoals de bestuursrechter of de Nationale ombudsman,¹⁰¹ welke instantie vervolgens kan toetsen aan (on)geschreven publiekrechtelijke normen.

Een burger die het niet eens is met de uitvoering van een publieke taak door een private partij, zal als gevolg van de strenge koers van de bestuursrechter zelden terecht kunnen bij de bestuursrechter als die private partij geen publiekrechtelijke bevoegdheden heeft toegekend gekregen in een wettelijk voorschrift. Bovendien heeft de koers van de bestuursrechter op sommige deelterreinen een versnipperde rechtsbescherming tot gevolg. Binnen het sociaal domein bijvoorbeeld kan de burger tegen het indicatiebesluit van de gemeente opkomen bij de bestuursrechter, maar de feitelijke uitvoering daarvan door de private zorgaanbieder blijft vooralsnog buiten beschouwing.¹⁰²

Vooropgesteld kan worden dat dit niet wenselijk is vanuit burgerperspectief. De situatie is voor de burger niet goed te begrijpen, omdat hij een breder overheidsbegrip hanteert dan het begrip ‘bestuursorgaan’. Zo ziet de burger bijvoorbeeld het uitvoeren van taken op het gebied van zorg en onderwijs als overheidstaken waarvoor de overheid verantwoordelijk is, ondanks dat de uitvoering

⁹⁵ CBB 27 november 2018, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak.

⁹⁶ Daalder, De Groot & Van Breugel 1994, p. 174.

⁹⁷ Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133. Zie paragraaf 2.2.2.

⁹⁸ Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

⁹⁹ Jak 2019, p. 105; G. Overkleeft-Verburg, annotatie bij ABRvS 30 november 1995, *AB Klassiek* 2009/26 (*Stichting Silicose Oud-mijnwerkers*).

¹⁰⁰ Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.4, 4.12.

¹⁰¹ In hoofdstuk 3 komt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan bod.

¹⁰² Jak 2019, p. 107. Dat private zorgaanbieders niet worden aangemerkt als b-bestuursorgaan werd in paragraaf 2.3 duidelijk met de zaken van de thuiszorgorganisatie en Stek Jeugdhulp.

geschiedt door een private partij.¹⁰³ Bovendien heeft de burger bepaalde verwachtingen van de overheid. Zo blijkt uit een recent onderzoek voor de Nationale ombudsman naar de relatie tussen burger en overheid in 2030 dat burgers onder meer behoefte hebben aan transparantie en eenvoudige procedures, het liefst via één loket.¹⁰⁴ Deze behoeften staan in schril contrast met de huidige complexe situatie waarin het voor de burger onduidelijk is waar hij terecht kan. Daarbij komt dat de overheid steeds vaker uitgaat van de zelfredzaamheid van burgers.¹⁰⁵ Uit onder meer het rapport *Weten is nog geen doen* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) volgt echter dat dit een verkeerd beeld is van de burger, waarbij onvoldoende rekening wordt gehouden met het ‘doenvermogen’ van de burger.¹⁰⁶ De burger reageert lang niet altijd even slim, daadkrachtig en rationeel. De overschatting van de zelfredzaamheid van de burger in combinatie met de versnipperde rechtsbescherming levert een voor de burger nauwelijks te hanteren situatie op.¹⁰⁷

De burger die niet terecht kan bij de bestuursrechter, is aangewezen op de civiele rechter. Dit wordt door veel auteurs niet gezien als een volwaardig alternatief.¹⁰⁸ Het bestuursprocesrecht kent namelijk een aantal voor de burger gunstige karakteristieken, waarmee het zich onderscheidt van het burgerlijk procesrecht. De hoofdfunctie van het bestuursprocesrecht is individuele rechtsbescherming. Het belang van individuele rechtsbescherming wordt gediend door de laagdrempelige toegang tot het bestuursprocesrecht, waarbij onder meer moet worden gedacht aan relatief lage griffierechten en de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging.¹⁰⁹ Ook de inrichting van de procedure dient het belang van individuele rechtsbescherming: de bestuursrechter is (in ieder geval in theorie) een actieve rechter die aan ongelijkheidscompensatie doet. In een bestuursrechtelijk geschil kan het verschil in deskundigheid en ervaring tussen partijen zo groot zijn, dat de rechter daarvoor compensatie moet bieden.¹¹⁰ In de woorden van Schreuder-Vlasblom treedt de bestuursrechter op als compensator van de ongelijkheid tussen de dreigende overheid en de zwakke burger.¹¹¹ Is er geen sprake van een b-orgaan, dan valt deze laagdrempelige en toegankelijke rechtsbescherming voor de burger weg.

Diverse auteurs wijzen erop dat de huidige koers van de bestuursrechter machtsmisbruik door overheden in de hand kan werken.¹¹² De strikte uitleg van het buitenwettelijk b-bestuursorgaanbegrip

¹⁰³ Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

¹⁰⁴ Kaal, Plantinga & Ter Berg 2019.

¹⁰⁵ Nationale ombudsman 2016; Nationale ombudsman, Kinderombudsman & Veteranenombudsman 2019.

¹⁰⁶ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017.

¹⁰⁷ M. Scheltema, *NTB* 2016/49, p. 370.

¹⁰⁸ Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 147; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000; Den Ouden, *NTB* 2016/52, p. 390; M. Scheltema, *NTB* 2016/49.

¹⁰⁹ De Poorter & De Graaf, p. 82.

¹¹⁰ Marseille & Tolsma 2019, p. 56 en 211.

¹¹¹ Schreuder-Vlasblom 2017, p. 52.

¹¹² Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000. J.E. van den Brink levert belangrijke bewijzen voor deze stelling op het gebied van het financiële bestuursrecht in haar

maakt het voor overheden gemakkelijker om de relatie met een private partij zo te construeren dat niet wordt voldaan aan het financiële en inhoudelijke vereiste. Al naar gelang de constructie die wordt gekozen voor het verdelen van publieke middelen of het al dan niet uitbesteden van publieke taken, heeft vervolgens ofwel de bestuursrechter ofwel de civiele rechter de rechtsmacht. Volgens Scheltema leidt dit tot een ongewenste en wisselvallige competentieverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter, bijvoorbeeld op het gebied van het sociaal domein.¹¹³ Er bestaan namelijk grote onderlinge verschillen tussen de aanpak van gemeenten. Zo kiest de ene gemeente ervoor om taken uit te besteden aan een private zorgaanbieder, terwijl de andere gemeente de taken zelf uitvoert. En zo zal de ene keer de gemeenteraad de criteria bepalen voor het verstrekken van publieke middelen door een stichting, de andere keer de stichting zelf. De competentieverdeling ten gevolge hiervan kan leiden tot tegenstrijdige oordelen.¹¹⁴ Ten slotte is het voor de burger lastig te begrijpen dat hij tegen beslissingen van de ene instelling wel kan opkomen bij bestuursrechter, maar tegen beslissingen van een andere ogenschijnlijk vergelijkbare instelling niet.

Zoals uit paragraaf 2.2.1 volgde, zijn private partijen slechts gebonden aan publiekrechtelijke normen voor zover zij kunnen worden aangemerkt als b-orgaan. Het is duidelijk dat indien geen sprake is van een b-orgaan, de bestuursrechter ook niet kan toetsen aan publiekrechtelijke normen. Nu de burger bij de civiele rechter zal moeten aankloppen, rijst de vraag of de civiele rechter de publiekrechtelijke normen wellicht kan toepassen. Dit is niet het geval. De Hoge Raad oordeelde in het arrest *RZG/Conformed* namelijk dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur uitsluitend van toepassing zijn op *bestuursorganen*.¹¹⁵ Het kan wel zo zijn dat de civiele rechter open normen van het BW publiekrechtelijk invult, zonder expliciet naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te verwijzen. Er is dan geen sprake van (in)directe toepassing van deze beginselen, maar van ‘congruentie’ tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen.¹¹⁶ Hier lijkt echter in de praktijk nog weinig van terechtgekomen. Van den Brink & Den Ouden wijzen er bovendien op dat die weg snel zal leiden tot “*enorme rechtsonzekerheid voor de desbetreffende semi-publieke instellingen en particulieren die met hen te maken krijgen.*”¹¹⁷ In beginsel zijn private partijen die een publieke taak uitvoeren dus niet gebonden aan publiekrechtelijke normen.

Het bestuursorgaanbegrip wordt ook gehanteerd in een aantal bijzondere wetten, zoals de WNo¹¹⁸ en de Wob. In paragraaf 2.3.1 werd duidelijk dat de Wob alleen van toepassing is voor zover een private

Maastrichtse oratie *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch*, Maastricht: Maastricht University 2018.

¹¹³ M. Scheltema, *NTB* 2016/49, p. 372.

¹¹⁴ M. Scheltema, *NTB* 2016/49, p. 372.

¹¹⁵ HR 4 april 2003, *AB* 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/Conformed*).

¹¹⁶ *Jak* 2014, p. 94.

¹¹⁷ Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 221-222.

¹¹⁸ Hoofdstuk 3 gaat hier dieper op in.

partij openbaar gezag uitoefent en dus b-orgaan is. Door de strikte uitleg van het wettelijk openbaar gezag komt het geregeld voor dat de bestuursrechter oordeelt dat de Wob niet van toepassing is omdat het Wob-verzoek niet gericht is op een taak waarmee de private partij openbaar gezag uitoefent. Zo zijn de private partijen dus zelden gebonden aan de Wob, wat voor de burger lastig te begrijpen is. Tot slot kan ook ten aanzien van de publiekrechtelijke normen worden opgemerkt dat de aangescherpte publieke-taakjurisprudentie overheden zou kunnen aansporen om hun relatie met een private partij zodanig te construeren dat deze niet wordt aangemerkt als b-orgaan, waardoor aan de reikwijdte van de Wob wordt ontsnapt.¹¹⁹

2.5 Voorbij het bestuursorgaanbegrip?

De strikte, formele invulling van het b-bestuursorgaanbegrip en de in paragraaf 2.4 omschreven gevolgen daarvan zijn niet onopgemerkt gebleven. In de literatuur worden dan ook talloze voorstellen gedaan om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden en publiekrechtelijke normering te bewerkstelligen, met name voor wat betreft de deelterreinen van het sociaal domein en het financiële bestuursrecht.¹²⁰

Een vaak aangedragen oplossing om de rechtsmacht van de bestuursrechter te verruimen ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren is het nemen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming. Bij de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is het besluit van een bestuursorgaan te beschouwen als kern, maar zij omvat ook *besluitgerelateerd* handelen van het bestuursorgaan.¹²¹ Zo kan de benadering van Scheltema in zijn *Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein* worden geplaatst binnen de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking: in dit advies stelt hij een wijziging van de Awb voor teneinde een geschil in zijn geheel aan de bestuursrechter te kunnen voorleggen.¹²² Over het algemeen is men van mening dat afstand moet worden gedaan van het als ‘te knellend’ ervaren besluitbegrip als toegangspoort tot de bestuursrechter.¹²³ Opvallend genoeg vormt het besluit nog steeds de kern bij oplossingen zoals de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Het bestuursorgaanbegrip verdwijnt naar de achtergrond, terwijl het besluitbegrip gekoppeld is aan het bestuursorgaanbegrip: wil er sprake zijn van een besluit, dan moet er een bestuursorgaan in het spel zijn. Als gevolg daarvan is de ‘oplossing’ in beginsel alleen toepasbaar indien de private partij kan worden aangemerkt als b-orgaan,¹²⁴ wat nu

¹¹⁹ Den Ouden, *NTB* 2016/52, p. 391.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld Jak, *NTB* 2018/49; Van den Brink & Den Ouden 2019; Den Ouden, *NTB* 2018/10.

¹²¹ Van Ommeren & Huisman 2013, p. 48.

¹²² M. Scheltema 2017; Huisman & Van Ommeren, *NTB* 2018/7.

¹²³ Zie onder meer Van Ommeren & Huisman 2013; J.A.F. Peters 2018; Schlössels 2019; Van den Berge 2019.

¹²⁴ Het hierna te bespreken Wetsvoorstel resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting vormt hierop een uitzondering. In dit wetsvoorstel wordt het handelen van private zorgaanbieders via een bij het college van burgemeester en wethouders ingediende klacht voorlegbaar aan de bestuursrechter; de reactie van

juist zelden het geval is in de veelvoorkomende ‘twijfelgevallen’ waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan de private partij. De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zal dus geen alomvattende oplossing bieden voor het rechtsbeschermingsprobleem rondom de ontstatelijking: de bestuursrechter is nog altijd niet bevoegd zolang de private partij niet wordt aangemerkt als b-bestuursorgaan.

Een enkeling zoekt de oplossing overigens wél in de interpretatie van het bestuursorgaanbegrip. Zo is volgens Van den Berge een radicale breuk met het besluit nodig en moet het bestuursorgaanbegrip materieel en flexibel worden ingevuld.¹²⁵ Ook Van den Brink, Den Ouden & Van Amerongen pleiten voor een meer materiële benadering van het bestuursorgaanbegrip.¹²⁶

Ook voor het bewerkstelligen van publiekrechtelijke normering van publieke taken door private partijen wordt een verscheidenheid aan ideeën aangedragen. Volgens Huisman & Van Ommeren moet voor de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normering niet naar de *status* van de private partij, maar naar de *aard* van de handeling worden gekeken. Bepalend is of die handeling wordt verricht met het oog op de vervulling van een publieke taak.¹²⁷ Jak acht het criterium van de publieke taak minder geschikt, omdat het te vaag is en daardoor weinig onderscheidend. Hij ziet ruimte om het bestuursorgaanbegrip uit te breiden met het criterium van ‘overwegende overheidsinvloed’.¹²⁸ Wel erkent hij dat de algemene toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen als gevolg hiervan weinig ruimte laat voor maatwerk en zorgt voor rechtsonzekerheid bij de private partijen, zoals ook opgemerkt door Den Ouden.¹²⁹ Uiteindelijk stellen zowel Jak als Den Ouden zich op het standpunt dat de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normering het best kan worden gerealiseerd door de bijzondere wetgever.¹³⁰

De meeste aangedragen oplossingen vergen dus ingrepen in de wetgeving: de (bijzondere) wetgever is aan zet. Er kan echter worden geconstateerd dat de wetgever tot op heden weinig actie heeft ondernomen.¹³¹ Binnen het sociaal domein is daarentegen wel enige beweging te zien. Er ligt namelijk een wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 voor integrale geschilbeslechting in het sociaal domein.¹³² Het wetsvoorstel regelt dat een burger een Wmo-geschil in zijn geheel aan de

het college op deze klacht wordt namelijk gelijkgesteld met een besluit. Het is aldus niet nodig dat de private zorgaanbieder *zelf* als b-bestuursorgaan kan worden aangemerkt.

¹²⁵ Van den Berge 2019, p. 12; Van den Berge, *NTB* 2018/40, p. 222.

¹²⁶ Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000; Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 150.

¹²⁷ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 737-738.

¹²⁸ Jak 2019, p. 109-110.

¹²⁹ Jak, *NTB* 2018/49, p. 276; Den Ouden, *NTB* 2018/10, p. 31.

¹³⁰ Jak, *NTB* 2018/49, p. 276; Den Ouden, *NTB* 2018/10, p. 31.

¹³¹ Van den Berge 2019, p. 11; Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 222.

¹³² Het Wetsvoorstel resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting. Zie voor het wetsvoorstel, de toelichting en de internetconsultatie <https://www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken>.

bestuursrechter kan voorleggen, zodat de bestuursrechter behalve over besluiten op grond van de Wmo, ook over uitvoering van die besluiten door private zorgaanbieders kan oordelen.¹³³ Het advies van Scheltema is dus deels opgevolgd, maar (nog) niet in de vorm van een wijziging van de Awb zoals Scheltema voorstelde.

De Wmo-regeling is overwegend positief ontvangen en wordt wel gezien als proeftuin voor een toekomstige regeling in de Awb.¹³⁴ Het wetsvoorstel lijkt echter lastig te veralgemeniseren. In het wetsvoorstel kan de burger het handelen van een private zorgaanbieder via een klacht bij het college van burgemeester en wethouders voorleggen aan de bestuursrechter. In het sociaal domein ligt het voor de hand om het college aan te wijzen als toegangspoort, nu het college verantwoordelijk is voor de taken die zij heeft uitbesteed aan de private zorgaanbieders. Op andere deelterreinen is de situatie evenwel diffuser. Zo is het in het financiële bestuursrecht vaak lastig om de subsidierelaties tussen bestuursorganen, burgers en stichtingen te ontwarren. Bovendien vormt het feit dat private partijen dikwijls relaties onderhouden met verschillende bestuursorganen een complicerende factor. Dit is bijvoorbeeld bij de 3RO het geval: zij vallen onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie & Veiligheid, geven advies aan het OM en werken daarnaast ook nog in toenemende mate samen met gemeenten. Bovengenoemde voorbeelden illustreren dat het vrijwel onmogelijk is om in het verlengde van de Wmo-regeling een algemene regeling te ontwerpen die op elk deelterrein kan worden toegepast. De hypothetische Awb-regeling gebaseerd op de concept Wmo-regeling zal dus geen algemene oplossing bieden voor het bredere probleem.

In tegenstelling tot het creëren van een dergelijke algemene regeling, zou het een optie kunnen zijn om soortgelijke wetsvoorstellen als de Wmo-regeling vast te stellen voor andere deelterreinen waar de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking speelt. Er wordt dan op elk deelterrein een aparte regeling gecreëerd die specifiek is toegespitst op dat deelterrein. Toch is dit vanuit het oogpunt van de voornaamste doelstelling van de Awb, het uniformeren en systematiseren van de bestuursrechtelijke wetgeving, geen aantrekkelijke oplossing.¹³⁵ Het zorgt er namelijk voor dat de samenhang tussen de deelterreinen wordt losgelaten, met een versnipperd debat als gevolg. Dit terwijl het in wezen op elk deelterrein om hetzelfde type probleem gaat.

2.6 Conclusie

Het al dan niet kwalificeren van een private partij die een publieke taak uitvoert als b-orgaan is van groot belang vanuit het oogpunt van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en publiekrechtelijke normering. Jurisprudentie van de afgelopen jaren laat zien dat de bestuursrechter een strikte, formele uitleg geeft aan het b-bestuursorgaanbegrip. Hoewel de Awb-wetgever de bestuursrechter weinig

¹³³ Marseille, *NTB* 2020/71; <https://www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken>.

¹³⁴ Zie onder meer Verburg, *JBplus* 2020/1; Barkhuysen, *NJB* 2020/489.

¹³⁵ Zijlstra 2012, p. 169.

ruimte heeft gelaten bij de invulling van het wettelijk openbaar gezag, heeft hij uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten van een buitenwettelijke grondslag. De publieke-taakjurisprudentie die in dat verband tot stand is gekomen, beoogt de burger in twijfelgevallen waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend te beschermen tegen de ‘overheid in vermomming’.¹³⁶ Bij de uitleg van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie lijkt de bestuursrechter echter een groter gewicht toe te kennen aan het belang van rechtszekerheid dan aan het belang van rechtsbescherming. Bovendien lijken private partijen die geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekken überhaupt buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie te vallen. Dit heeft tot gevolg dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag toegekend hebben gekregen zelden als b-orgaan worden aangemerkt, waardoor typische overheidstaken buiten de werking van het publiekrecht vallen. De burger kan in die gevallen niet terecht bij de bestuursrechter of wordt geconfronteerd met versnipperde rechtsbescherming, wat een voor de burger niet goed te begrijpen en nauwelijks te hanteren situatie oplevert. De burger die niet terecht kan bij de bestuursrechter, is aangewezen op de civiele rechter, die als minder toegankelijk en laagdrempelig wordt beschouwd en bovendien geen publiekrechtelijke normen toepast. De strikte uitleg van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie maakt het voor overheden gemakkelijk om de relatie met een private partij zo te construeren dat niet wordt voldaan aan het financiële en inhoudelijke vereiste. Overheden geven hun relatie met een private partij bovendien op verschillende wijzen vorm, wat ertoe leidt dat voor ogenschijnlijk vergelijkbare gevallen de ene keer de bestuursrechter de rechtsmacht heeft en de andere keer de civiele rechter.

De strikte koers van de bestuursrechter en de gevolgen daarvan zijn niet onopgemerkt gebleven: op verschillende deelterreinen worden oplossingen aangedragen. Daarbij valt op dat men af wil van het als te ‘knellend’ ervaren besluitbegrip, zodat het besluit bij de meeste oplossingen nog altijd de kern vormt. Het bestuursorgaanbegrip verdwijnt naar de achtergrond; slechts een enkeling pleit voor een hernieuwde interpretatie van het bestuursorgaanbegrip. Verwezenlijking van de oplossingen blijkt lastig: de bestuursrechter beslist steeds per geval en de wetgever heeft nog weinig van zich laten horen.

¹³⁶ Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.3-3.4.

3. De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 bleek reeds dat de vraag naar laagdrempelige rechtsbescherming tegen beslissingen van private partijen die publieke taken uitvoeren verder reikt dan de rechtsbescherming bij de bestuursrechter; ook de mogelijkheid voor een burger om een klacht in te dienen bij de Nationale ombudsman valt hieronder. De Nationale ombudsman vervult een belangrijke rol als aanvullende rechtsbeschermer en diens bevoegdheid is, evenals bij de bestuursrechter, gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip. Dit hoofdstuk gaat dieper in op de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het bestuursorgaanbegrip. Paragraaf 3.2 geeft een korte introductie op de Nationale ombudsman als instituut. Paragraaf 3.3 gaat in op de reikwijdte van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. De vraag of deze reikwijdte te beperkt is komt in paragraaf 3.4 aan bod. Om een beeld te schetsen van de wijze waarop de Nationale ombudsman de afgelopen jaren is omgesprongen met het b-bestuursorgaanbegrip, analyseert paragraaf 3.5 vervolgens een aantal klachten over gedragingen van private partijen die een publieke taak uitvoeren. In de tussenconclusie van paragraaf 3.6 zal blijken dat de Nationale ombudsman worstelt met zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren, maar strikt genomen geen b-orgaan zijn. Als gevolg van de toenemende ontstatelijking in combinatie met de verharde koers van de bestuursrechter vallen steeds meer private partijen buiten de bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Oplossingen om tot een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman te komen lijken echter nog nauwelijks van de grond te komen, waar paragraaf 3.7 op ingaat. Paragraaf 3.8 sluit af met een conclusie.

3.2 Introductie op de Nationale ombudsman als instituut

3.2.1 Kerntaken

De Nationale ombudsman heeft twee kerntaken, te weten de *beschermingstaak* en de *preventietaak*.¹³⁷ De beschermingstaak houdt in het bieden van aanvullende rechtsbescherming aan de burger. Deze taak komt met name tot uiting in de verplichting die de Nationale ombudsman op grond van art. 9:18, derde lid, Awb in beginsel heeft om een verzoek van een burger dat binnen zijn bevoegdheid valt, te onderzoeken.¹³⁸ Omdat het onderzoek van de Nationale ombudsman niet uitmondt in een bindend oordeel, wordt het klachtrecht bij de Nationale ombudsman ook wel aangeduid als ‘oneigenlijke’ vorm

¹³⁷ Meulenbroek 2014, p. 30.

¹³⁸ Marseille & Tolsma 2019, p. 443.

van rechtsbescherming. Het aanvullende karakter van de rechtsbescherming blijkt onder meer uit het feit dat de Nationale ombudsman, in tegenstelling tot de bestuursrechter, kan oordelen over gedragingen van de overheid.¹³⁹

Bij de preventietaak gaat het om het signaleren van structurele tekortkomingen in de wijze waarop het openbaar bestuur functioneert en het bevorderen van daardoor noodzakelijke verbeteringen.¹⁴⁰ Zo heeft de Nationale ombudsman onder meer de mogelijkheid om onderzoek uit eigen beweging te doen op grond van art. 9:26 Awb en om aanbevelingen te verbinden aan zijn oordeel op grond van art. 9:27, derde lid, Awb. De functie van de Nationale ombudsman is aldus tweeledig. In de woorden van Schlössels & Zijlstra: “het gaat [...] én om genoegdoening van de klager én om herstel van het vertrouwen van de burger in de overheid.”¹⁴¹

3.2.2 Nationale ombudsman versus bestuursrechter

Zowel de bestuursrechter als de Nationale ombudsman kan de burger laagdrempelige rechtsbescherming bieden, zij het dat er een aantal belangrijke verschillen tussen deze twee vormen van rechtsbescherming bestaat. Het eerste verschil is gelegen in het *object van de toetsing*. Toetsing door de bestuursrechter is beperkt tot besluiten in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb. De Nationale ombudsman daarentegen kan oordelen over gedragingen van bestuursorganen. Gedragingen omvatten niet alleen Awb-besluiten, maar ook privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen.¹⁴²

Een ander verschil betreft de *aard van de toetsing*. Waar de bestuursrechter toetst aan de rechtmatigheid, hanteert de Nationale ombudsman de behoorlijkheid als toetsingsnorm.¹⁴³ De behoorlijkheidscriteria, neergelegd in de Behoorlijkheidswijzer. De Behoorlijkheidswijzer vat behoorlijk overheidsoptreden samen in vier kernwaarden: open en duidelijk, respectvol, betrokken en oplossingsgericht en eerlijk en betrouwbaar.¹⁴⁴ De behoorlijkheidstoets is ruimer dan de rechtmatigheidstoets. Zo impliceert onbehoorlijk overheidsoptreden niet zonder meer onrechtmatig overheidsoptreden. In navolging van een onderzoek van Langbroek & Rijpkema uit 2004 huldigt de Nationale ombudsman daarnaast de opvatting dat onrechtmatig overheidsoptreden niet per definitie onbehoorlijk is.¹⁴⁵ Enkele auteurs vinden dit geen aanvaardbare visie.¹⁴⁶

¹³⁹ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1162-1163.

¹⁴⁰ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1162.

¹⁴¹ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1162.

¹⁴² Borman, in: *T&C Awb* 2019, art. 9:18 Awb, aant. 2; Jak 2014, p. 111.

¹⁴³ Marseille & Tolsma 2019, p. 419.

¹⁴⁴ Nationale ombudsman 2019.

¹⁴⁵ Marseille & Tolsma 2019, p. 420; Langbroek & Rijpkema 2004, p. 27-28; Rijpkema, *AA* 2007/12.

¹⁴⁶ Zie onder meer Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1170-1171; Marseille & Tolsma 2019, p. 420.

Tot slot leidt het onderzoek van de Nationale ombudsman, anders dan een uitspraak van de bestuursrechter, *niet* tot een *bindend oordeel*. Dit doet overigens niet af aan het belang van een beslissing van de Nationale ombudsman. Zo kan een beslissing bijvoorbeeld emotionele genoegdoening geven aan de burger of ertoe leiden dat een bestuursorgaan zijn gedragingen aanpast.¹⁴⁷

3.3 Hoe ver reikt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman?

In hoofdstuk 2 is reeds aangestipt dat het bestuursorgaanbegrip als bedoeld in art. 1:1 Awb wordt gehanteerd in een aantal bijzondere wetten, waaronder de WNo. Uit art. 1a, eerste lid, WNo volgt dat de WNo van toepassing is op alle bestuursorganen, tenzij zij bij algemene maatregel van bestuur zijn uitgezonderd. Het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ is dus, evenals bij de bestuursrechter, bepalend voor de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Interessant genoeg was de Nationale ombudsman voordat de reikwijdte van de WNo werd aangepast aan het Awb-begrip bestuursorgaan bevoegd om te oordelen over gedragingen van private partijen die werkzaam waren onder ministeriële verantwoordelijkheid, *ongeacht* of zij met openbaar gezag waren bekleed (en dus konden worden aangemerkt als b-bestuursorgaan). De bevoegdheid van de Nationale ombudsman lijkt aldus te zijn beperkt ten opzichte van de situatie vóór de Awb, zoals ook opgemerkt door Bense & Zijlstra.¹⁴⁸ In de parlementaire geschiedenis wordt hier geen nadere toelichting op gegeven; daaruit valt slechts af te leiden dat de wetgever bij het bestuursorgaanbegrip is aangesloten met het oog op het uniformeren en systematiseren van de bestuursrechtelijke wetgeving, de primaire doelstelling van de Awb.¹⁴⁹

De Nationale ombudsman heeft in zijn jaarverslag over 1998 aangegeven de bestuursrechtelijke jurisprudentie als richtinggevend te beschouwen bij de uitleg van het bestuursorgaanbegrip.¹⁵⁰ Hij geeft evenwel geen argumenten voor deze keuze. Wellicht beschouwde de Nationale ombudsman dit als vanzelfsprekend, gezien het feit dat de Awb-wetgever in de parlementaire geschiedenis expliciet is aangesloten bij de definitie van het criterium van het wettelijk openbaar gezag zoals ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie en ook de criteria voor het buitenwettelijk openbaar gezag tot stand zijn gekomen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie (de publieke-taakjurisprudentie).¹⁵¹ Bovendien strookt een eenduidige uitleg van het bestuursorgaanbegrip met de hiervoor genoemde uniformerings-

¹⁴⁷ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 715-716.

¹⁴⁸ Bense & Zijlstra, *NTB* 1994/9, p. 269.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22061, nr. 3, p. 51-52; *Kamerstukken II*, 1996/97, 25456, nr. 3, p. 4; *Jak* 2014, p. 110; Bense & Zijlstra, *NTB* 1994/9, p. 269.

¹⁵⁰ Nationale ombudsman 1998.

¹⁵¹ Zoals bleek in hoofdstuk 2.

en systematiseringsgedachte van de wetgever. In zijn jaarverslagen legt de Nationale ombudsman verantwoording af voor de wijze waarop hij invulling geeft aan het bestuursorgaanbegrip.¹⁵²

De bevoegdheid van de Nationale ombudsman is gekoppeld aan twee begrippen: *gedragingen van bestuursorganen* (art. 1a, eerste lid, WNo jo. art. 9:18, eerste lid, Awb). Welke instellingen vallen onder deze bevoegdheid? In hoofdstuk 2 is gewezen op een belangrijk onderscheid tussen a-organen en b-organen: a-organen zijn voor al hun handelen onderworpen aan de publiekrechtelijke normen, b-organen slechts voor een deel van hun werkzaamheden.¹⁵³ Organen van publiekrechtelijke rechtspersonen (a-organen) vallen dus ‘met huid en haar’ onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.¹⁵⁴ Private partijen daarentegen vallen alleen onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman voor zover zij openbaar gezag uitoefenen (en dus b-bestuursorgaan zijn). Zoals gezegd, is de bevoegdheid van de Nationale ombudsman daarmee ingeperkt ten opzichte van de situatie vóór de Awb. Het begrip *gedragingen* omvat meer dan de uitoefening van openbaar gezag; als aanvullende rechtsbeschermer oordeelt de Nationale ombudsman met name over privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen. Daarmee rijst de vraag hoe ver de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich uitstrekt over gedragingen van b-bestuursorganen die *niet* zien op de uitoefening van openbaar gezag.

Uit de parlementaire geschiedenis bij de WNo volgt 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 uitoefening van het aan het betreffende orgaan toegekende openbare gezag.*”¹⁵⁵ Uit deze passage kan het volgende worden afgeleid. Indien een private partij die een publieke taak uitvoert als b-bestuursorgaan kan worden aangemerkt, dan is de Nationale ombudsman in ieder geval bevoegd om te oordelen over gedragingen die zien op het uitoefenen van openbaar gezag door de private partij. Gedragingen van de private partij die *niet* zien op het uitoefenen van openbaar gezag, vallen slechts binnen de bevoegdheid van de Nationale ombudsman indien deze zijn *gerelateerd aan* het uitoefenen van openbaar gezag. De Nationale ombudsman heeft dit bevestigd in zijn jaarverslag over 2002 naar aanleiding van door (gezins)voogdijinstellingen gestelde vragen over de reikwijdte van zijn bevoegdheid: “*de WNo [is] alleen van toepassing op (gezins)voogdijinstellingen als zij publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen. (...) 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.*”¹⁵⁶

¹⁵² Jak 2014, p. 110; Fernhout 2002, p. 165-166.

¹⁵³ Zie paragraaf 2.2.1.

¹⁵⁴ In de woorden van E.C. Drexhage: Drexhage 2007, p. 339.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25456, nr. 3, p. 4.

¹⁵⁶ Nationale ombudsman 2002, p. 126.

3.4 Koppeling bevoegdheid Nationale ombudsman aan bestuursorgaanbegrip: onwenselijk?

In de vorige paragraaf is gebleken dat de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren is gekoppeld aan het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ zoals neergelegd in art. 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, Awb. De Awb-wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis expliciet aansluiting gezocht bij de definitie van dit criterium zoals ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie, welke jurisprudentie de Nationale ombudsman als richtinggevend beschouwt bij de uitleg van het bestuursorgaanbegrip. Zoals uit de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 2 is geconcludeerd, maakt de strenge koers van de bestuursrechter dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen zelden als b- bestuursorgaan worden aangemerkt. Het gevolg daarvan is dat niet alleen de bestuursrechter, maar ook de Nationale ombudsman strikt genomen vrijwel nooit bevoegd is in zulke ‘twijfelgevallen’. De burger die het oneens is met een beslissing van een dergelijke private partij, kan dus in beginsel niet terecht bij de Nationale ombudsman voor laagdrempelige aanvullende rechtsbescherming.

De Nationale ombudsman heeft reeds jaren geleden en herhaaldelijk aangegeven dat hij de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren te beperkt acht. In zijn jaarverslag over 2000 spreekt de Nationale ombudsman van een “*hiaat (...) in de publiekrechtelijke normering en toetsing van overheidshandelen doordat rechtspersonen met een wettelijke taak die geen openbaar gezag uitoefenen buiten het externe klachtrecht van de Nationale ombudsman blijven.*”¹⁵⁷ Ook in het jaarverslag over 2007 komt naar voren dat de Nationale ombudsman de koppeling van zijn bevoegdheid aan het bestuursorgaanbegrip zoals uitgelegd door de bestuursrechter onwenselijk vindt.¹⁵⁸ Welke argumenten liggen hieraan ten grondslag?

Ten eerste hanteert de burger een breder overheidsbegrip dan het begrip ‘bestuursorgaan’. Zo ziet de burger bijvoorbeeld het uitvoeren van taken op het gebied van zorg en onderwijs als overheidstaken waarvoor de overheid verantwoordelijk is, ondanks dat de uitvoering geschiedt door een private partij.¹⁵⁹ Dit argument kwam ook naar voren in paragraaf 2.4, maar laat zich hier des te sterker gelden. De Nationale ombudsman heeft het burgerperspectief immers hoog in het vaandel staan. Hij beoogt de burger op weg te helpen en het vertrouwen van de burger in de overheid te herstellen als het ‘misgaat tussen de burger en de overheid’.¹⁶⁰ Dat kan spanningen opleveren als de Nationale ombudsman aan de burger moet uitleggen dat hij niet bevoegd is, omdat een instelling naar het huidige recht geen

¹⁵⁷ Nationale ombudsman 2000, p. 13.

¹⁵⁸ Nationale ombudsman 2007, p. 134-135.

¹⁵⁹ Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

¹⁶⁰ www.nationaleombudsman.nl.

overheid is of slechts voor een deel als overheid wordt aangemerkt. Vanuit burgerperspectief is dit niet goed te begrijpen.¹⁶¹

Daarnaast acht de Nationale ombudsman het bestuursorgaanbegrip zoals ingevuld door de bestuursrechtspraak onvoldoende toegesneden op zijn taak als aanvullende rechtsbeschermer die oordeelt over *gedragingen* van bestuursorganen. Als gevolg van de strenge uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip worden private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen zelden als b-bestuursorganen aangemerkt, terwijl de Nationale ombudsman juist met name oordeelt over gedragingen die niet de uitoefening van openbaar gezag betreffen.¹⁶² Bovendien kunnen ook gedragingen die niet zien op het uitoefenen van openbaar gezag ingrijpende gevolgen hebben voor de burger, zoals bijvoorbeeld gedragingen van Stichting Reclassering Nederland of de Stichtingen in de jeugdzorg.¹⁶³

Zelfs als een private partij kan worden aangemerkt als b-bestuursorgaan, strekt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich slechts uit tot de gedragingen *gerelateerd aan* het uitoefenen van openbaar gezag door deze private partij.¹⁶⁴ Volgens Peters & Zijlstra en Jak is “*van het te traag of in het geheel niet handelen, het niet of onjuist informeren van mensen, doorgaans nog wel vast te stellen of het gerelateerd is aan openbaar gezag.*”¹⁶⁵ Voornoemde auteurs erkennen evenwel dat dit standpunt dient te worden gerelativeerd, aangezien er grensgevallen zijn waarvan dit niet duidelijk is. Zo kan men over een onjuiste bejegening door een APK-garagehouder in het kader van een reparatie naar aanleiding van een APK-keuring klagen bij de Nationale ombudsman. De situatie is echter gecompliceerder indien men bij de aanbidding ter keuring gelijk opdracht geeft voor reparatie. Wanneer men door de garagehouder onjuist wordt bejegend bij het ophalen van de auto, is het niet meteen duidelijk of dit onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman valt.¹⁶⁶

Tot slot zorgt de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het bestuursorgaanbegrip ervoor dat zijn bevoegdheid vaak beperkt is tot enkele bestuursorganen binnen een sector of keten van organisaties die met elkaar samenwerken. Zo werken de 3RO in de strafrechtketen intensief samen met ketenpartners zoals de politie, het OM, het Ministerie van Justitie & Veiligheid en de rechterlijke macht. Omdat de ketenpartners zo nauw samenwerken, ziet een klacht van een burger al gauw op meerdere instellingen binnen de keten. Volgens de Nationale ombudsman is het onwenselijk dat hij “*binnen een sector of keten deels bevoegd [is] en deels niet, terwijl de*

¹⁶¹ Nationale ombudsman 2007, p. 134.

¹⁶² Nationale ombudsman 2000, p. 13; Fernhout 2002, p. 167-168; Nationale ombudsman 2007, p. 134; Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

¹⁶³ Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25456, nr. 3, p. 4; Jak 2014, p. 111-112.

¹⁶⁵ Peters & Zijlstra 2008, p. 123-124; Jak 2014, p. 112.

¹⁶⁶ Voorbeeld ontleend aan Peters & Zijlstra 2008, p. 123-124.

verantwoordelijkheid van de bestuursorganen binnen de sector onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.” Door geen acht te slaan op gedragingen van instellingen binnen de keten die geen bestuursorgaan zijn, kan de Nationale ombudsman te weinig ‘klachtgericht’ werken.¹⁶⁷

De Nationale ombudsman heeft verschillende oplossingen aangedragen om de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren uit te breiden. Zo overweegt hij in zijn jaarverslag over 2000 dat art. 78a, vierde lid, van de Grondwet (Gw) de ruimte biedt om hoofdstuk 9 Awb en de WNo van overeenkomstige toepassing te verklaren op private partijen die niet kunnen worden aangemerkt als b-orgaan, maar wel een publieke taak uitvoeren.¹⁶⁸ In zijn jaarverslag over 2007 doet de Nationale ombudsman een aanbeveling aan de Awb-wetgever om een nieuwe term in te voeren ter vervanging van het bestuursorgaanbegrip *“die beter aansluit bij het beoordelen van gedragingen van de overheid.”*¹⁶⁹ Verder lijkt hij in dit jaarverslag aan te geven voortaan andere criteria in aanmerking te nemen bij de invulling van het b-bestuursorgaanbegrip, zodat hij klachten over private partijen die strikt genomen geen b-orgaan zijn toch in behandeling kan nemen. Een artikel uit 2008 van de hand van voormalig Nationale ombudsman Brenninkmeijer bevestigt deze speculatie: *“De Nationale ombudsman neemt dan ook in zijn interpretatie van zijn bevoegdheid andere criteria in beschouwing, zoals de vraag of er wettelijke taken worden uitgevoerd, of de overheid financiert en wie de regie voert.”*¹⁷⁰

De pogingen van de Nationale ombudsman om tot een ruimer overheidsbegrip te komen zijn echter in de kiem gesmoord.¹⁷¹ In een motie naar aanleiding van het jaarverslag over 2007 werd de regering verzocht om met de Nationale ombudsman in overleg te treden over de reikwijdte van zijn bevoegdheid.¹⁷² Uit de Kamerbrief die volgde op dit overleg valt op te maken dat het ‘op een misverstand zou berusten’ dat de Nationale ombudsman zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren uitgebreid wilde zien. Aan de mogelijkheid om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman duidelijker vast te leggen worden vervolgens weinig woorden vuil gemaakt: *“de mogelijkheden daartoe lijken beperkt en de nadelen ervan lijken vooralsnog groter dan de voordelen.”*¹⁷³

¹⁶⁷ Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

¹⁶⁸ Nationale ombudsman 2000, p. 13.

¹⁶⁹ Nationale ombudsman 2007, p. 135.

¹⁷⁰ Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5.

¹⁷¹ H. Peters, *NTB* 2014/22.1.

¹⁷² *Kamerstukken II* 2008/09, 31363, nr. 7.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31363, nr. 8.

3.5 De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip in de praktijk

De vraag rijst hoe de Nationale ombudsman in de jaren na de onbeantwoorde kritiek op de reikwijdte van zijn bevoegdheid is omgesprongen met klachten over private partijen die een publieke taak uitvoeren. Om een beeld te schetsen van de werkwijze van de Nationale ombudsman, analyseert deze paragraaf een aantal rapporten van de Nationale ombudsman naar aanleiding van dergelijke klachten. De analyse richt zich met name op de vraag of de Nationale ombudsman bij de uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip aansluit bij de bestuursrechtelijke jurisprudentie of, zoals aangegeven in het jaarverslag over 2007, ook andere criteria in beschouwing neemt. De kanttekening dient te worden gemaakt dat de Nationale ombudsman zijn bevoegdheid alleen motiveert indien deze bestreden wordt, wat niet vaak het geval is.¹⁷⁴ Het is daarom niet altijd duidelijk waarom hij een instelling al dan niet als b-bestuursorgaan aanmerkt.

No 7 juli 2008 (Stichting Reclassering Nederland)

In deze zaak staan twee klachten tegen een medewerker van Stichting Reclassering Nederland centraal. Ten eerste klaagt verzoeker dat de medewerker een toezegging aan hem heeft gedaan om informatie te verstrekken met betrekking tot een cliënt, maar deze toezegging niet is nagekomen. De tweede klacht ziet tevens op een door de medewerker aan verzoeker gedane toezegging, namelijk dat hij gebruik zou kunnen maken van een bepaalde klachtenregeling wat later niet het geval bleek te zijn. De Nationale ombudsman neemt de klacht in behandeling.¹⁷⁵

Ten tijde van de behandeling van deze zaak bestond er nog geen bestuursrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de vraag of Stichting Reclassering Nederland kan worden aangemerkt als b-orgaan. Pas in 2015 geeft de bestuursrechter hierover uitsluitsel: met de reclasseringstaken neergelegd in de Reclasseringsregeling 1995 oefent de Stichting geen openbaar gezag uit en zij is daarom geen b-orgaan.¹⁷⁶ Uit bestuursrechtelijke jurisprudentie vóór 2008 kan echter wel degelijk worden afgeleid dat de bestuursrechter een wettelijk toegekende overheidstaak onvoldoende acht om als wettelijk b-orgaan te kwalificeren.¹⁷⁷ Daarvoor moet een private partij wettelijk *openbaar gezag* toegekend hebben gekregen. Met het uitvoeren van de reclasseringstaken, waaronder het geven van advies en voorlichting en het houden van toezicht, kan de Stichting niet eenzijdig de rechten en plichten van burgers vaststellen. Strikt genomen had de Nationale ombudsman dus moeten concluderen dat de Stichting geen b-orgaan is. De Nationale ombudsman acht zichzelf echter wel bevoegd. Hij neemt in

¹⁷⁴ Fernhout 2002, p. 165.

¹⁷⁵ No 7 juli 2008, rapportnr. 2008/117.

¹⁷⁶ Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 9-10. Zie paragraaf 2.3.1. Voor zover bekend is er geen hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*NV Luchthaven Schiphol*); CBb 2 april 2003, AB 2004/162, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Nuon*).

deze zaak dus duidelijk andere criteria in beschouwing bij de uitleg van het bestuursorgaanbegrip. Aangezien de Nationale ombudsman niet expliciet ingaat op zijn bevoegdheid, blijkt niet welke criteria dat zijn.

No 5 april 2012 (Stichting Reclassering Nederland)

Ook deze zaak betreft een klacht tegen Stichting Reclassering Nederland. Verzoekers klagen dat de Stichting zonder noodzaak en zonder overleg een zorgmelding heeft doorgegeven aan het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK). In deze zaak gaat de Nationale ombudsman wel in op zijn bevoegdheid ten aanzien van de Stichting, aangezien de directeur van de Stichting betwist dat de Stichting een b-orgaan is. De Nationale ombudsman overweegt:

“De Nationale ombudsman legt het begrip openbaar gezag in artikel 1.1 lid 1 onder b van de Awb (...) zodanig uit dat gedragingen van Stichting Reclassering Nederland in het kader van de uitoefening van haar wettelijke taken onder zijn bevoegdheid vallen. De Stichting Reclassering Nederland is weliswaar een privaatrechtelijke rechtspersoon maar zij is bekleed met openbaar gezag, in die zin dat zij de bevoegdheid heeft eenzijdig de vrijheid van burgers te beperken. In dat verband wordt de Stichting Reclassering Nederland (...) door de Nationale ombudsman dan ook aangemerkt als bestuursorgaan (zie hierover ook het jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2007, pagina's 134-136).”¹⁷⁸

In de hiervoor besproken zaak uit 2008 is reeds geconcludeerd dat Nationale ombudsman andere criteria in aanmerking neemt bij de uitleg van het bestuursorgaanbegrip. Dat wordt in dit rapport bevestigd: de Nationale ombudsman legt het begrip openbaar gezag zo uit dat de gedragingen van de Stichting in het kader van de uitoefening van haar *wettelijke taken* onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman vallen en hij verwijst daarbij expliciet naar het jaarverslag over 2007. De Nationale ombudsman acht het uitvoeren van een wettelijke taak aldus voldoende om de Stichting aan te merken als b-orgaan, terwijl dat volgens de bestuursrechtelijke jurisprudentie onvoldoende is. Met de reclasseringstaken neergelegd in de Reclasseringsregeling 1995 wordt immers geen openbaar gezag uitgeoefend.

No 5 november 2013 (Stichting Leger des Heils Jeugdbescherming & Reclassering)

In deze zaak gaat het onder meer om een klacht tegen Stichting Leger des Heils Jeugdbescherming & Reclassering (hierna: het LJ&R). Verzoeker houdt het LJ&R verantwoordelijk voor het feit dat de aan hem opgelegde tbs niet aansluitend aan zijn vrijheidsstraf is uitgevoerd en klaagt tevens dat het parket dat met de executie van het vonnis was belast, de penitentiaire inrichting en het LJ&R geen goed contact met elkaar en met hem hebben gehad over wat er na afloop van de vrijheidsstraf zou gebeuren. De Nationale ombudsman neemt de klacht in behandeling. Omdat niet alleen het LJ&R een rol heeft

¹⁷⁸ No 5 april 2012, rapportnr. 2012/054, p. 2.

gespeeld bij het voorval, betreft hij ook het gevangeniswezen en het OM bij zijn onderzoek. De volgende overweging van de Nationale ombudsman valt op:

*“Overheden moeten bij de uitvoering van hun taken op een behoorlijke manier omgaan met burgers en hun belangen. Administratie en organisatie van werkprocessen moeten daarbij op orde zijn. Veelal betekent een goede taakvervulling ook dat effectief met andere (overheids)instanties wordt samengewerkt. Het behoorlijkheidsvereiste van samenwerking behelst dat een overheidsinstantie zich niet verschuilt achter een beperkte taakstelling, maar ten behoeve van de burger steeds zelf het initiatief neemt om samen te werken met andere instanties. Dit geldt ook voor een instantie als Leger des Heils Jeugdzorg & Reclassering voor zover deze overheidstaken verricht.”*¹⁷⁹

Zoals hiervoor besproken, volgt uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie dat een wettelijk toegekende overheidstaak onvoldoende is om te kwalificeren als wettelijk b-orgaan. Daarvoor moet aan een private partij wettelijk openbaar gezag zijn toegekend. De onderhavige klacht ziet op bepaalde gedragingen van het LJ&R in het kader van het uitvoeren van toezicht in de vorm van tbs, opgelegd door de rechtbank. Het houden van toezicht in opdracht van justitie vormt de kerntaak van de reclasseringsinstellingen. Met het houden van toezicht oefent het LJ&R geen openbaar gezag uit; zij kan daarmee immers niet eenzijdig de rechten en plichten van burgers vaststellen.¹⁸⁰ Zij is niet zelf bevoegd tot het opleggen van tbs. De Nationale ombudsman acht het verrichten van deze *overheidstaak* door het LJ&R echter wel voldoende om de klacht in behandeling te kunnen nemen. Hij sluit in deze zaak dus niet aan bij de bestuursrechtelijke jurisprudentie.

No 16 juli 2018 (Particulier schuldhulpverleningsbureau)

In deze zaak klagen verzoekers over de uitvoering van hun schuldhulpverlening door een particulier schuldhulpverleningsbureau in opdracht van de gemeente De Ronde Venen. Op grond van art. 3, eerste lid, Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (Wgs) is het college van burgemeester en wethouders verantwoordelijk voor de schuldhulpverlening. Wegens gebrek aan specialistische kennis over schuldhulpverlening heeft de gemeente De Ronde Venen de schuldhulpverlening uitbesteed aan een particulier schuldhulpverleningsbureau. Volgens verzoekers is de schuldhulpverlening onvoldoende voortvarend en professioneel geweest en heeft de gemeente daarvoor onvoldoende verantwoordelijkheid genomen. De Nationale ombudsman neemt de klacht in behandeling.¹⁸¹

¹⁷⁹ No 5 november 2013, rapportnr. 2013/164, p. 6.

¹⁸⁰ Dit kan worden afgeleid uit Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 10. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat met het reclasseringstoezicht op de naleving van door OM of strafrechter opgelegde bijzondere voorwaarden geen openbaar gezag wordt uitgeoefend.

¹⁸¹ No 16 juli 2018, rapportnr. 2018/053, AB 2018/386, m.nt. P.J. Stolk.

Een particulier schuldhulpverleningsbureau kan niet worden aangemerkt als b-bestuursorgaan. Om te beginnen heeft het bureau geen wettelijk openbaar gezag toegekend gekregen. Het bureau valt wellicht wel onder de publieke-taakjurisprudentie, aangezien ‘presterend’ bestuur ook mag bestaan uit het verstrekken van op geld waardeerbare voorzieningen.¹⁸² Hoogstwaarschijnlijk is echter niet voldaan aan de streng uitgelegde criteria van de publieke-taakjurisprudentie. Steun voor dit standpunt kan worden gevonden in de in paragraaf 2.3.2 besproken uitspraak over de particuliere thuiszorgorganisatie. In deze uitspraak oordeelde de Raad dat de thuisorganisatie noch een wettelijk b-orgaan, noch een buitenwettelijk b-orgaan is.¹⁸³ Het schuldhulpverleningsbureau is evenals de thuiszorgorganisatie een private aanbieder die door een gemeente in de arm kan worden genomen voor de uitvoering van taken waarvoor zij verantwoordelijk is in het sociaal domein. Strikt genomen is de Nationale ombudsman dus niet bevoegd: het schuldhulpverleningsbureau is geen b-orgaan en de gemeente heeft de schuldhulpverlening zelf niet uitgevoerd. De Nationale ombudsman neemt de klacht toch in behandeling en hanteert daarbij een andere constructie dan een verruimde interpretatie van het bestuursorgaanbegrip. Hij lijkt van mening te zijn dat het feit dat het college de schuldhulpverlening heeft uitbesteed aan een private partij, het college niet ontslaat van de *verantwoordelijkheden* die het heeft op grond van de Wgs.¹⁸⁴ Daarom moet een burger met een klacht over gedragingen van een private aanbieder zowel bij de gemeente als bij de Nationale ombudsman terecht kunnen. Dit standpunt hanteert de Nationale ombudsman ook in zaken waarin de burger klaagt over gedragingen van een private zorgaanbieder.¹⁸⁵

No 21 december 2018 (Veilig Thuis Midden-Brabant)

In deze zaak staat een klacht tegen Veilig Thuis Midden-Brabant centraal. Verzoeker heeft een zorgmelding bij Veilig Thuis gedaan over een vermoeden van huiselijk geweld. Het onderzoek door Veilig Thuis naar aanleiding van deze zorgmelding wordt afgesloten met de conclusie dat zijn zorgen niet worden bevestigd. Verzoeker is het hier niet mee eens en dient een klacht in bij Veilig Thuis. Volgens verzoeker is deze klacht door Veilig Thuis onvoldoende inhoudelijk behandeld, waarop hij een klacht indient bij de Nationale ombudsman. De Nationale ombudsman neemt de klacht in behandeling.¹⁸⁶

Uit twee recente bestuursrechtelijke uitspraken kan worden afgeleid dat met de op grond van de Wmo 2015 aan Veilig Thuis toegekende overheidstaken geen openbaar gezag wordt uitgeoefend en Veilig

¹⁸² CRvB 15 augustus 2018, *Gst.* 2018/142, m.nt. N. Jak (*FMMU*). Zie voor de analyse van deze uitspraak paragraaf 2.3.2.

¹⁸³ CRvB 24 december 2014, *Gst.* 2015/46, m.nt. N. Jak.

¹⁸⁴ De Greef, *JBplus* 2020/2.

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld No 4 december 2018, rapportnr. 2018/086.

¹⁸⁶ No 21 december 2018, rapportnr. 2018/096.

Thuis dus niet kan worden aangemerkt als b-orgaan.¹⁸⁷ Voor 1 januari 2015 kende Veilig Thuis de naam Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK) en ressorteerde het onder de Bureaus Jeugdzorg. Ook toen werden beslissingen die het AMK nam als onderdeel van de Bureaus Jeugdzorg door de bestuursrechter niet aangemerkt als besluiten genomen door een bestuursorgaan.¹⁸⁸ De Nationale ombudsman achtte zich echter wel steeds bevoegd ten aanzien van het AMK¹⁸⁹ en acht zich nu dus ook bevoegd om te oordelen over gedragingen van Veilig Thuis. Bij zijn bevoegdheid ten aanzien van Veilig Thuis, en voorheen het AMK, neemt de Nationale ombudsman dus andere criteria in aanmerking bij de uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip dan de bestuursrechter.

No 16 maart 2020 (Stichting Leger des Heils Jeugdbescherming & Reclassering)

Verzoeker klaagt er in deze zaak over dat het LJ&R onjuiste informatie in een verzoekschrift aan de rechtbank om een spoedmachtiging voor uithuisplaatsing onvoldoende heeft gerectificeerd en daarmee haar toezegging niet (volledig) is nagekomen. De Nationale ombudsman neemt de klacht in behandeling.¹⁹⁰

Het LJ&R houdt zich niet alleen bezig met reclasseringswerkzaamheden; daarnaast voert zij ook jeugdbeschermingsmaatregelen uit. Op grond van art. 3.2 van de Jeugdwet worden jeugdbeschermingsmaatregelen uitsluitend uitgevoerd door zogenoemde gecertificeerde instellingen als bedoeld in art. 1.1 van de Jeugdwet. Het LJ&R is een dergelijke gecertificeerde instelling. Uit de in paragraaf 2.3.1 besproken uitspraak over *Stek Jeugdhulp* kan worden afgeleid dat een gecertificeerde instelling als b-orgaan kan worden aangemerkt voor zover zij openbaar gezag uitoefent. Dat is het geval bij het nemen van bepaalde beslissingen ter uitvoering van een jeugdbeschermingsmaatregel zoals een door de kinderrechter uitgesproken ondertoezichtstelling.¹⁹¹ De bevoegdheid van het LJ&R om de kinderrechter te verzoeken om haar te machtigen een minderjarige uit huis te plaatsen is daar een voorbeeld van.¹⁹² Aangezien de klacht ziet op een gedraging van het LJ&R *gerelateerd aan* een verzoek om machtiging uithuisplaatsing, waarbij het LJ&R als b-bestuursorgaan kan worden aangemerkt, is de Nationale ombudsman bevoegd om de klacht te behandelen. In deze zaak sluit de Nationale ombudsman dus aan bij de bestuursrechtelijke jurisprudentie.

¹⁸⁷ Rb. Gelderland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3272, r.o. 2.7; Rb. Noord-Holland 12 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9856, r.o. 1.

¹⁸⁸ Huitema, *TvJr* 2020/1.13.

¹⁸⁹ Zie bijvoorbeeld No 17 juni 2009, rapportnr. 2009/125, p. 4-5; No 5 september 2013, rapportnr. 2013/112.

¹⁹⁰ No 16 maart 2020, rapportnr. 201911008.

¹⁹¹ ABRvS 6 december 2017, AB 2018/98, m.nt. G.E. Creijghton-Sluyk & W.S. Zorg, r.o. 3.5.

¹⁹² Art. 1:265b lid 1 BW.

3.6 Tussenconclusie

Uit de analyse van de ‘ombudsprudentie’ kan het volgende worden opgemaakt. In vrijwel alle besproken zaken ziet de klacht op een gedraging van een private partij die, uitgaande van de in hoofdstuk 2 geanalyseerde bestuursrechtelijke jurisprudentielijn, niet als b-bestuursorgaan kan worden aangemerkt. Allereerst is een wettelijke overheidstaak zoals toegekend aan Stichting Reclassering Nederland, het LJ&R en Veilig Thuis onvoldoende om te kwalificeren als wettelijk b-orgaan. In dergelijke ‘twijfelgevallen’, waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend, komt het aan op de publieke-taakjurisprudentie. Die biedt echter geen soelaas. De Stichting, het LJ&R en Veilig Thuis vallen alle drie überhaupt buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie, omdat zij geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekken. Ook aan het particuliere schuldhulpverleningsbureau is geen wettelijk openbaar gezag toegekend. Als verstrekker van op geld waardeerbare voorzieningen zou het bureau wellicht wel onder de publieke-taakjurisprudentie kunnen vallen, maar voldoet het hoogstwaarschijnlijk niet aan de restrictief uitgelegde criteria daarvan.

Strikt genomen is de Nationale ombudsman dus niet bevoegd om te oordelen over de gedragingen van deze private partijen. Om de klachten over de Stichting, het LJ&R en Veilig Thuis toch in behandeling te kunnen nemen geeft hij een ruimere uitleg aan het b-bestuursorgaanbegrip dan de bestuursrechter, zoals aangekondigd in zijn jaarverslag over 2007. In slechts één van deze zaken motiveert de Nationale ombudsman zijn bevoegdheidskeuze. Door het gebrek aan motivering in de andere zaken is niet precies duidelijk welke nadere criteria hij daarbij in aanmerking heeft genomen. Hij lijkt na te gaan of de private partij een *wettelijke taak* of een *overheidstaak* uitoefent. Daarmee legt hij het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ minder streng uit dan de bestuursrechter. De bestuursrechter acht een wettelijk toegekende overheidstaak immers onvoldoende om een private partij aan te merken als wettelijk b-orgaan, omdat daar niet per definitie openbaar gezag mee wordt uitgeoefend. In de zaak over het particuliere schuldhulpverleningsbureau gooit de Nationale ombudsman het over een andere boeg dan een ruimere uitleg van het wettelijk openbaar gezag; in die casus acht hij zich bevoegd omdat het uitbesteden van schuldhulpverlening niets zou afdoen aan de verantwoordelijkheid daarvoor van het college van burgemeester en wethouders.

Eenzijds kan worden gesteld dat de Nationale ombudsman met de ruimere uitleg van het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ zijn boekje te buiten gaat, aangezien hij daarmee niet de definitie volgt van dit criterium zoals ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie en later gecodificeerd in de parlementaire geschiedenis van de Awb. Anderzijds zou het onwenselijk zijn geweest als de Nationale ombudsman, uitgaande van het b-bestuursorgaanbegrip zoals uitgelegd door de bestuursrechter, de klachten niet in behandeling had genomen. Ten eerste gaat het steeds om gedragingen van private partijen die weliswaar niet zien op het uitoefenen van openbaar gezag, maar

die evenzeer ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor de burger. Verder zou de Nationale ombudsman geen recht hebben gedaan aan het burgerperspectief als hij de klachten niet had behandeld. Het behandelen van de klachten draagt bij aan het herstel van het vertrouwen van de burger in de overheid en voorkomt dat de burger van het kastje naar de muur wordt gestuurd. Tot slot is het goed te begrijpen dat de Nationale ombudsman bij de behandeling van een klacht¹⁹³ die ziet op de samenwerking tussen ketenpartners ook de gedragingen van niet-bestuursorganen in acht neemt, aangezien de verantwoordelijkheden van de ketenpartners onlosmakelijk verbonden zijn.

3.7 Op naar een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman?

Anno 2020 doet de problematiek rondom de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren zich des te sterker gevoelen. Door de toenemende ontstatelijking in combinatie met de restrictieve uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip door de bestuursrechter zullen deze private partijen niet alleen steeds vaker buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter vallen, maar ook buiten de bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Afgaande op de werkwijze van de Nationale ombudsman in de in paragraaf 3.5 geanalyseerde zaken, is het logisch te veronderstellen dat de Nationale ombudsman in reactie daarop steeds vaker zal trachten zijn bevoegdheid te verruimen door bijvoorbeeld een andere uitleg te geven aan het b-bestuursorgaanbegrip.

Daarmee rijst de vraag of er reeds onderzoek is gedaan naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een hernieuwde interpretatie van het bestuursorgaanbegrip en naar eventuele andere mogelijkheden om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren te verruimen. In hoofdstuk 2 bleek dat er talloze oplossingen worden aangedragen om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren.¹⁹⁴ Een kort literatuuronderzoek leert dat dit vrijwel niet het geval is voor wat betreft de Nationale ombudsman. De Nationale ombudsman lijkt als het ware te worden overgeslagen in de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. Enkele auteurs constateren dat de burger als gevolg van de strenge koers van de bestuursrechter niet meer terecht kan bij de Nationale ombudsman of erkennen dat de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het b-bestuursorgaanbegrip spanningen oplevert.¹⁹⁵ Er worden echter geen concrete oplossingen aangedragen.

¹⁹³ No 5 november 2013, rapportnr. 2013/164.

¹⁹⁴ Zie paragraaf 2.5.

¹⁹⁵ Den Ouden, *NTB* 2016/52, p. 391; H. Peters, *NTB* 2014/22.1.

Daarop kan één uitzondering worden gemaakt; in het sociaal domein vindt namelijk wel enige activiteit plaats. Volgens De Greef kan het handelen van private partijen aan wie het college van burgemeester en wethouders taken heeft uitbestede, net als wanneer deze taken gemandateerd zouden zijn, worden toegerekend aan het college. Het uitbesteden van taken doet immers niets af aan de wettelijke bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het college. Zoals uit de analyse van de zaak over het schuldhulpverleningsbureau in paragraaf 3.5 volgde, past de Nationale ombudsman deze constructie soms zelf ook toe. De Greef is van mening dat “(...) de wetgever de benadering van de ombudsman en de juridische werkelijkheid meer met elkaar in lijn [dient] te brengen, zodat de werkwijze van de ombudsman niet alleen begrijpelijk, maar ook rechtmatig is.”¹⁹⁶

Net als de meeste aangedragen oplossingen om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden, ziet bovengenoemde benadering op specifieke bepalingen op een specifiek deelterrein en niet op de interpretatie van het bestuursorgaanbegrip. Dit terwijl het rechtsbeschermingsprobleem rondom ontstatelijking speelt op veel verschillende deelterreinen. Bovendien is de wetgever voor de bevoegdheid van de Nationale ombudsman juist aangesloten bij het bestuursorgaanbegrip met het oog op het uniformeren en systematiseren van de bestuursrechtelijke wetgeving.¹⁹⁷ Daarnaast volgt uit de geanalyseerde zaken dat de Nationale ombudsman zijn bevoegdheid veelal tracht te verruimen door het bestuursorgaanbegrip ruimer te interpreteren. Het ligt dan ook in de rede om te onderzoeken in hoeverre het mogelijk en wenselijk is dat de Nationale ombudsman het bestuursorgaanbegrip minder strikt interpreteert.

3.8 Conclusie

Voor laagdrempelige rechtsbescherming tegen beslissingen van private partijen die een publieke taak uitvoeren kan de burger in theorie niet alleen bij de bestuursrechter, maar ook bij de Nationale ombudsman terecht. De Nationale ombudsman vervult een belangrijke rol als aanvullende rechtsbescherming en tracht het vertrouwen van de burger in de overheid te herstellen. Zijn bevoegdheid is echter gekoppeld aan het door de bestuursrechter restrictief uitgelegde bestuursorgaanbegrip. Uitgaande van de bestuursrechtelijke jurisprudentielijn, is de Nationale ombudsman zelden bevoegd in de ‘twijfelgevallen’ waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan de private partij. Dergelijke private partijen vallen namelijk ofwel buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie, ofwel voldoen niet aan de strikt uitgelegde criteria daarvan. De Nationale ombudsman heeft herhaaldelijk aangegeven dat hij de koppeling van zijn bevoegdheid aan het bestuursorgaanbegrip onwenselijk acht. Zijn pogingen om tot een ruimer overheidsbegrip te komen

¹⁹⁶ De Greef, *JBplus* 2020/2.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 22061, nr. 3, p. 51-52. Zie paragraaf 3.3.

zijn echter in de kiem gesmoord. De analyse van een aantal rapporten van de Nationale ombudsman naar aanleiding van klachten over gedragingen van verschillende private instellingen laat zien dat de Nationale ombudsman het bestuursorgaanbegrip toch ruimer uitlegt dan de bestuursrechter. Enerzijds kan worden gesteld dat hij daarmee zijn boekje te buiten gaat, anderzijds is het onwenselijk als hij dergelijke klachten niet in behandeling neemt. Anno 2020 doet deze problematiek zich des te sterker gevoelen door de toenemende ontstatelijking in combinatie met de verharde koers van de bestuursrechter. De Nationale ombudsman lijkt echter te zijn vergeten in de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking: er worden vrijwel geen oplossingen aangedragen om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman te verruimen.

4. Ombudsmaninstituut & ontstatelijking: het internationale perspectief

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is aandacht besteed aan de problemen die bij de Nationale ombudsman kunnen ontstaan door het uitbesteden van publieke taken aan private partijen in combinatie met de strikte uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip. Ook werd duidelijk dat deze problemen nog onderbelicht zijn gebleven in de literatuur en er vooralsnog vrijwel geen onderzoek is gedaan naar mogelijkheden om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman uit te breiden. Aangezien er wereldwijd meer dan tweehonderd ombudsmaninstituten bestaan en het fenomeen van ontstatelijking zich bovendien wijdverspreid voordoet,¹⁹⁸ rijst de vraag wat de internationale visie is op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Paragraaf 4.2 gaat eerst kort in op het internationale kader. Daar zal blijken dat er twee soorten internationale organisaties bestaan die zich bezighouden met het versterken van het ombudsmaninstituut in het algemeen: internationale ombudsmanorganisaties en vooraanstaande internationale organisaties zoals de Verenigde Naties (VN) en de Raad van Europa (RvE). In paragraaf 4.3 wordt vervolgens de visie van de belangrijkste ombudsmanorganisatie geschetst: het International Ombudsman Institute (IOI). Of deze visie wordt onderschreven door voornoemde internationale organisaties komt in paragraaf 4.4 aan bod. Paragraaf 4.5 behandelt vervolgens een aantal voorbeelden van ombudsmaninstituten waarvan de bevoegdheid zich (deels) uitstrekt tot private partijen die een publieke taak uitvoeren. In paragraaf 4.6 wordt dit hoofdstuk afgesloten met een conclusie.

4.2 Het internationale kader

Zoals in de inleiding kort aangestipt, kan er een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten internationale organisaties die zich bezighouden met het versterken van het ombudsmaninstituut in het algemeen. Ten eerste bestaan er verschillende internationale ombudsmanorganisaties waar ombudsmaninstituten zich bij kunnen aansluiten. Zij richten zich op de ombudsmaninstituten zelf. Ten tweede zijn er belangrijke internationale organisaties die zich met *soft law*-instrumenten aangaande het ombudsmaninstituut richten op de lidstaten die zich hebben aangesloten bij deze internationale organisaties.

In het kader van de internationale ombudsmanorganisaties is met name het International Ombudsman Institute (IOI) vermeldenswaardig. Het IOI is de enige wereldwijde ombudsmanorganisatie en

¹⁹⁸ Zie over ontstatelijking op internationaal niveau bijvoorbeeld M. Scheltema, *NTB* 2014/28.

vertegenwoordigt meer dan 205 onafhankelijke ombudsmaninstituten uit meer dan 100 landen wereldwijd. Het IOI zet zich op verschillende manieren in voor de bevordering en ontwikkeling van het concept van de ombudsman: zij moedigt de oprichting en ontwikkeling aan van ombudsmaninstituten waar deze nog niet bestaan, financiert onderzoek, organiseert trainingen en bevordert de uitwisseling van informatie. Bovendien heeft het IOI contact met vooraanstaande internationale organisaties zoals de Raad van Europa (RvE) over ombudsman-gerelateerde onderwerpen.¹⁹⁹ Naast het IOI bestaan er ombudsmanorganisaties die verbonden zijn met een continent of een aantal landen, zoals het Europese Ombudsman Instituut (EOI) en de Asian Ombudsman Association. Tot slot zijn er gespecialiseerde ombudsmanorganisaties opgericht zoals het European Network of Ombudspersons for Children (ENOC) en het National Energy Ombudsman Network (NEON).²⁰⁰

Naast de internationale ombudsmanorganisaties die zich richten op de ombudsmaninstituten zelf, is er een aantal belangrijke internationale organisaties dat een groeiende interesse toont in het aansporen van hun lidstaten met *soft law*-instrumenten om het instituut van de ombudsman als een mechanisme om mensenrechten mee te garanderen te versterken.²⁰¹ Met name de Verenigde Naties (VN) en de Raad van Europa (RvE) dienen in dit verband te worden genoemd. Het gaat om de volgende organen van deze internationale organisaties:

- de Algemene Vergadering van de VN;
- de Parlementaire Vergadering van de RvE;
- het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de RvE;
- de Europese Commissie voor Democratie door Recht (Commissie van Venetië) van de RvE.

De Algemene Vergadering van de VN wordt gevormd door alle lidstaten van de VN en kan alle zaken bespreken die vallen binnen het werkterrein van de VN. Daartoe kan zij aanbevelingen doen in de vorm van resoluties.²⁰² De Parlementaire Vergadering van de RvE bestaat uit leden van de nationale parlementen van de lidstaten. Zij neemt resoluties aan en doet aanbevelingen over voorstellen die in het Comité van Ministers van de RvE worden behandeld.²⁰³ In het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de RvE worden lokale en regionale overheden van de lidstaten vertegenwoordigd. Het Congres beoogt de autonomie en democratie van lokale en regionale overheden te bevorderen en adviseert met het oog daarop de Parlementaire Vergadering en het Comité van Ministers. Het kan

¹⁹⁹ <https://www.theioi.org/ioi-activities>.

²⁰⁰ Ribó, Vintó Castells & Aragonés Seijo 2014, p. 26.

²⁰¹ Ribó, Vintó Castells & Aragonés Seijo 2014, p. 7.

²⁰² Art. 9 en 10 Handvest van de Verenigde Naties.

²⁰³ Art. 22 en 23 Statuut van de Raad van Europa.

tevens aanbevelingen doen en resoluties aannemen.²⁰⁴ Tot slot geeft de Commissie van Venetië raad aan alle lidstaten van de RvE met betrekking tot de verenigbaarheid van (grond)wetgeving met de beginselen van de *rule of law*, mensenrechten en democratie. Dat doet zij door het geven van opinies en het publiceren van algemene studies en rapporten.²⁰⁵

De aanbevelingen, resoluties en opinies van internationale organisaties zoals de VN en de RvE worden in het internationale publiekrecht gekwalificeerd als *soft law*. Het gaat dan om niet-bindende, politieke handelingen. Nollkaemper definieert *soft law* als “*regels die niet tot het internationaal juridische domein behoren, maar wel normerende effecten kunnen hebben en soms een belangrijke rol spelen in de ontwikkeling en toepassing van rechtsregels.*”²⁰⁶ Ondanks hun juridisch niet-bindende werking, kunnen *soft law*-instrumenten dus wel degelijk juridische relevantie hebben. Zo kunnen deze instrumenten bijvoorbeeld dienen als interpretatiehulpmiddel voor de nationale rechter om lacunes in het nationale recht op te vullen en om open normen in te vullen.²⁰⁷ Bovendien kunnen zij een belangrijke rol spelen in de totstandkoming en ontwikkeling van internationaal (gewoonte)recht.²⁰⁸

Bovengenoemde organen hebben tot nu toe een aantal aanbevelingen, resoluties en opinies uitgebracht die betrekking hebben op het instituut van de ombudsman.²⁰⁹ Uit de teksten van deze instrumenten kan worden afgeleid dat er over een aantal zaken rondom het ombudsmaninstituut een internationale consensus bestaat. Zo wordt steeds benadrukt dat het instellen van een ombudsmaninstituut door de lidstaten noodzakelijk is om toezicht te houden op de overheid en als mechanisme om mensenrechten mee te beschermen en te garanderen. Verder valt bijvoorbeeld op te maken dat autonomie en onafhankelijkheid worden gezien als inherente eigenschappen van het ombudsmaninstituut. Al met al sporen zowel de VN als de RvE hun lidstaten aan om onafhankelijke ombudsmaninstituten te creëren of bestaande ombudsmaninstituten te versterken en daartoe te zorgen voor een adequaat wetgevingskader en financiële middelen.

²⁰⁴ Aanbeveling 94(3) van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (14 januari 1994), *Relating to the setting up of the Congress of Local and Regional Authorities of Europe*.

²⁰⁵ Resolutie (2002)3, CDL(2002)27 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (27 februari 2002), *Adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*; Vermeulen & Jasiak, *RegelMaat* 2018/4.4, p. 205-207.

²⁰⁶ Nollkaemper 2018, p. 156-157.

²⁰⁷ Fastenrath, *EJIL* (4) 1993, p. 324; Wouters 2007, p. 117-118.

²⁰⁸ Wouters 2007, p. 117-118.

²⁰⁹ Zie bijvoorbeeld Resolutie 72/186 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (19 december 2017), *The role of the Ombudsman, mediator and other national human rights institutions in the promotion and protection of human rights*, UN Doc A/RES/72/186; Resolutie 1959 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (4 oktober 2013), *Strengthening the institution of ombudsman in Europe*; Resolutie 327 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (18 oktober 2011), *The office of Ombudsperson and local and regional authorities*.

4.3 Het International Ombudsman Institute: de ombudsman als ‘one stop shop’

Het in de vorige paragraaf geïntroduceerde International Ombudsman Institute (IOI) heeft de afgelopen jaren meerdere keren aandacht besteed aan de invloed van ontstatelijking op het ombudsmaninstituut. Zo gaf Ribó, de Catalaanse ombudsman en toenmalig vicepresident van het IOI, tijdens de IOI World Conference in Stockholm in 2009 een workshop genaamd ‘The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector’.²¹⁰ In 2015 vroeg Tyndall, Ierse ombudsman en president van het IOI, in een paper aandacht voor de invloed van privatisering op de ombudsman.²¹¹ In zowel de workshop als de paper komt de visie van het IOI duidelijk naar voren: de burger zou over de uitvoering van *alle* publieke taken moeten kunnen klagen bij een onafhankelijke ombudsman, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet.

Ribó en Tyndall erkennen dat het onderscheid tussen de publieke en de private sector is vervaagd en dat publieke taken wereldwijd in toenemende mate worden uitbesteed aan private partijen. Tyndall onderscheidt drie mogelijke scenario’s voor wat betreft de gevolgen van de privatisering van publieke taken voor het ombudsmaninstituut.²¹² In het eerste scenario behoudt het bestaande ombudsmaninstituut zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Vooralsnog is dit slechts het geval bij de Catalaanse ombudsman. In het tweede scenario kan de burger terecht bij een speciaal ingestelde private ombudsman of bij een andere onafhankelijke instelling die onder de jurisdictie van een ombudsmaninstituut valt. Zo bestaat er in België een Ombudsdienst voor Energie. Ook in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk en Zweden zijn er speciale ombudsmaninstellingen opgericht voor de private sector. Tot slot heeft de burger in het laatste scenario in het geheel geen mogelijkheid om bij een onafhankelijke instantie verhaal te halen. Dit is bijvoorbeeld het geval in Ierland voor wat betreft de watervoorziening sinds deze geprivatiseerd is.²¹³

Zowel Ribó als Tyndall zijn niet positief gestemd over de laatste twee scenario’s. Ten aanzien van de oprichting van speciale private ombudsmaninstellingen en andere publieke mechanismen overwegen zij het volgende. Hoewel deze instellingen een grondslag in de wet hebben en hun onafhankelijkheid is gewaarborgd, kan deze ontwikkeling verwarring veroorzaken bij de burger. Het is voor de burger lastiger om erachter te komen bij welke specifieke instelling hij of zij moet aankloppen.²¹⁴ Op het laatste scenario hebben Ribó en Tyndall de meeste kritiek. In dit scenario richten private partijen soms

²¹⁰ Ribó 2009.

²¹¹ Tyndall 2015.

²¹² Tyndall 2015.

²¹³ Tyndall 2015; Ribó 2009; ‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

²¹⁴ Ribó 2009; ‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

hun eigen klachteninstanties op. Aangezien deze klachteninstanties door dezelfde private partij worden opgericht als waartegen zij moeten optreden, is de onafhankelijkheid van dergelijke klachteninstanties niet gegarandeerd. Bovendien doen deze klachteninstanties vaak weinig om burgers op de hoogte te stellen van hun bestaan. Tyndall maakt dan ook duidelijk dat het IOI geen voorstander is van het gebruik van de naam ‘ombudsman’ in dergelijke situaties.²¹⁵

Waar Ribó en Tyndall kritiek hebben op de laatste twee scenario’s, zien zij heil in het eerste scenario waarin bestaande ombudsmaninstituten bevoegd blijven ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren. Volgens hen zou de mogelijkheid voor een ombudsmaninstituut om toezicht uit te oefenen in de nieuwe context van ontstatelijking niet alleen moeten afhangen van de organisatie van de instelling die de publieke taak uitvoert, maar ook van het feit op zich dat de instelling een publieke taak uitvoert en daarbij inbreuk zou kunnen maken op de rechten en vrijheden van burgers.²¹⁶ Tyndall vat de visie van het IOI op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren mooi samen: *“all public services – whether privatised or not – should remain in the ombudsman’s jurisdiction to ensure that citizens have access to independent redress. Complexity in service provision should be counterbalanced by simplicity in accessing redress. A “one stop shop” for all public service complaints is the way to do this. Where access to redress via an ombudsman has been lost, we should argue for it to be restored.”*²¹⁷

Tot slot gaat Ribó tijdens zijn workshop dieper in op de vraag op welke wijze de rol van het ombudsmaninstituut als ‘one stop shop’ voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken zou kunnen worden gerealiseerd. Volgens Ribó kunnen de meeste ‘tools and instruments’ die ombudsmaninstituten inzetten om toezicht te houden op de publieke sector ook worden ingezet om toezicht te houden op de private sector. Wel zouden de onderzoeksbevoegdheden van ombudsmaninstituten in de wet moeten worden geregeld en zouden deze gelimiteerd moeten zijn tot de specifieke uitvoering van publieke taken door de private partij. Verder is Ribó van mening dat het goed zou zijn om formele samenwerkingsovereenkomsten op te stellen tussen ombudsmaninstituten en private partijen om de reikwijdte van de bevoegdheden van de ombudsmaninstituten te verduidelijken en meer rechtszekerheid tussen de ombudsmaninstituten en de private partij te bewerkstelligen.²¹⁸

²¹⁵ Tyndall 2015; Ribó 2009; ‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

²¹⁶ Ribó 2009; Tyndall 2015.

²¹⁷ ‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

²¹⁸ Ribó 2009.

4.4 De Commissie van Venetië: de *Venice Principles*

In de vorige paragraaf is gebleken dat het IOI een duidelijke visie heeft op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren: de burger zou over de uitvoering van *alle* publieke taken moeten kunnen klagen bij een onafhankelijke ombudsman, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet. De vraag rijst of de VN en de RvE tot nu toe aanbevelingen, resoluties of opinies hebben uitgebracht waarin een gelijksoortige visie naar voren komt. Anders dan het IOI, dat zich richt tot de ombudsmaninstellingen zelf, zouden deze internationale organisaties hun lidstaten zo immers kunnen aansporen om de bevoegdheid van hun nationale ombudsmaninstellingen juridisch op één lijn te brengen met deze visie.

De VN heeft vooralsnog geen resoluties uitgebracht met concrete uitlatingen over de reikwijdte van de bevoegdheid van ombudsmaninstellingen ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Tot voor kort was dit ook het geval voor wat betreft de RvE. Zo kan in dit verband worden gewezen op een aanbeveling van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de RvE uit 2004, waarin een enkele passage wordt gewijd aan de invloed van ontstatelijking op het ombudsmaninstituut:

“Considering that the need for regional ombudspersons is growing even stronger in the context of devolution processes which are increasing the autonomy of regional and local authorities. Similarly, the tendency for social services to be privatised, one of the effects of which is to distance users more from the authorities which supervise these services, is giving a new dimension to the ombudsperson's role;”²¹⁹

De ‘nieuwe dimensie’ die de privatisering van sociale diensten geeft aan de rol van het ombudsmaninstituut wordt niet nader gespecificeerd in de aanbeveling. Bovendien worden de lidstaten niet aangespoord om, gerelateerd aan de bovenstaande passage, enige vorm van actie te ondernemen met betrekking tot de bevoegdheid van hun ombudsmaninstellingen.

Naast deze aanbeveling van het Congres van Lokale en Regionale Overheden dient een aanbeveling van de Parlementaire Vergadering van de RvE uit 2013 te worden vermeld. Aan deze aanbeveling ging een rapport van het Committee on Legal Affairs and Human Rights van de RvE vooraf.²²⁰ Interessant is het feit dat de rapporteur in dit rapport verwijst naar een *conference paper* van Tyndall uit 2012.²²¹ Deze *conference paper* van Tyndall, toentertijd nog geen (vice)president van het IOI, geeft

²¹⁹ Aanbeveling 159 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (4 november 2004), *On Regional ombudsperson: an institution in the service of citizen's rights*.

²²⁰ Rapport 13236 van het Committee on Legal Affairs and Human Rights van de Raad van Europa (21 juni 2013), *Strengthening the institution of ombudsman in Europe*.

²²¹ Tyndall 2012.

blijk van dezelfde visie als de visie die naar voren komt in zijn in de vorige paragraaf besproken paper uit 2015. De rapporteur uit zijn zorgen over de oprichting van private ‘ombudsmaninstituten’ als gevolg van de ontstatelijking en onderschrijft de visie van Tyndall dat de uitvoering van alle publieke taken onder de bevoegdheid van de bestaande ombudsmaninstituten zou moeten vallen, ongeacht of deze publieke taken zijn uitbesteed of niet.²²² In de aanbeveling wordt uiteindelijk overwogen:

*“The Assembly calls on the member States of the Council of Europe which have set up ombudsman institutions to (...) refrain from multiplying ombudsman-type institutions, if it is not strictly necessary for the protection of human rights and fundamental freedoms; a proliferation of such bodies could confuse individuals’ understanding of the means of redress available to them;”*²²³

In bovenstaande passage van de aanbeveling worden de lidstaten van de RvE enerzijds wel opgeroepen om in beginsel af te zien van de oprichting van private ‘ombudsmaninstituten’, maar anderzijds wordt er geen link gelegd met het fenomeen van ontstatelijking en wordt er niets losgelaten over de bevoegdheid van bestaande ombudsmaninstituten ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren.

In 2019 vindt er een doorbraak plaats in de bovengeschetste tendens van de RvE met een opinie van de Commissie van Venetië van de RvE genaamd de *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution* (“*The Venice Principles*”). Deze 25 principes vormen de eerste onafhankelijke, internationale set van standaarden voor het instituut van de ombudsman. Ze zijn essentieel voor het oprichten en het functioneren van het ombudsmaninstituut en beogen het ombudsmaninstituut te versterken. Het IOI, waaronder president Tyndall, was nauw betrokken bij de ontwikkeling van de *Venice Principles*.²²⁴ Anders dan de voorgaande *soft law*-instrumenten van de RvE geven deze principes een duidelijke visie weer op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren:

*“The mandate of the Ombudsman shall cover all general interest and public services provided to the public, whether delivered by the State, by the municipalities, by State bodies or by private entities.”*²²⁵

²²² Rapport 13236 van het Committee on Legal Affairs and Human Rights van de Raad van Europa (21 juni 2013), *Strengthening the institution of ombudsman in Europe*, p. 16.

²²³ Aanbeveling 1959 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (4 oktober 2013), *Strengthening the institution of ombudsman in Europe*.

²²⁴ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Ombudsmen&lang=EN; ‘Venice Commission adopts “Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution”’, theioi.org 21 maart 2019.

²²⁵ Opinie 897/2017 van de Commissie van Venetië van de Raad van Europa (3 mei 2019), *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution* (“*The Venice Principles*”), nr. 13.

De Commissie van Venetië is aldus in navolging van het IOI van mening dat alle publieke taken binnen de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut zouden moeten vallen, ongeacht of deze publieke taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet. De Commissie spoort de lidstaten aan om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de *Venice Principles* te implementeren, waaronder aanpassingen aan de grondwet en aan andere wetgeving.²²⁶

Het Comité van Ministers, de Parlementaire Vergadering en het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de RvE onderschrijven alle drie de *Venice Principles* in een aanbeveling²²⁷ respectievelijk twee resoluties.²²⁸ De Parlementaire Vergadering en het Comité van Ministers sporen de lidstaten bovendien aan om de principes te implementeren in de praktijk. Daarnaast heeft de Parlementaire Vergadering een aanbeveling gedaan aan het Comité van Ministers om alle mogelijke maatregelen te nemen om de *Venice Principles* en de implementatie daarvan door de lidstaten te bevorderen. In deze aanbeveling raadt de Parlementaire Vergadering het Comité van Ministers tevens aan “[to] consider establishing a mechanism of appropriate composition and mandate to which Council of Europe member States could regularly report on the situation and activities of their ombudsman institutions, including the state of implementation of the Venice Principles.”²²⁹ Het Comité van Ministers heeft in reactie op deze aanbeveling aangegeven dat de Commissie van Venetië ombudsmaninstellingen en lidstaten zal aansporen om aan de Commissie advies te vragen over ombudsmanwetgeving. De Commissie van Venetië zal deze wetgeving dan, in overleg met ombudsmanorganisaties zoals het IOI, evalueren in het licht van de *Venice Principles* en relevante aanbevelingen van het Comité van Ministers.²³⁰

Kortom: met de *Venice Principles* van de Commissie van Venetië van de RvE heeft de visie van het IOI op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren zijn weg gevonden naar de *soft law*-instrumenten van de organen van de RvE. Hoewel deze instrumenten juridisch niet-bindend zijn voor de lidstaten, verkondigen de instrumenten een duidelijke boodschap aan de lidstaten en sporen zij de lidstaten aan om de reikwijdte van de bevoegdheid van hun ombudsmaninstellingen juridisch op één lijn te brengen met de *Venice Principles*.

²²⁶ Opinie 897/2017 van de Commissie van Venetië van de Raad van Europa (3 mei 2019), *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution* (“*The Venice Principles*”), nr. 25.

²²⁷ Aanbeveling CM/Rec(2019)6 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (16 oktober 2019), *On the development of the Ombudsman institution*.

²²⁸ Resolutie 2301 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (2 oktober 2019), *Ombudsman institutions in Europe – The need for a set of common standards*; Resolutie 451 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (30 oktober 2019), *To endorse the Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution* (“*The Venice Principles*”).

²²⁹ Aanbeveling 2163 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (2 oktober 2019), *Ombudsman institutions in Europe – The need for a set of common standards*.

²³⁰ Reactie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa op Aanbeveling 2163 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, aangenomen op 12 februari 2020 tijdens de 1367^e vergadering van de Afgevaardigden van de Ministers.

4.5 In de praktijk: van woorden naar daden?

In de voorgaande paragrafen is duidelijk geworden wat de internationale visie is op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren: bestaande ombudsmaninstellingen zouden moeten kunnen oordelen over de uitvoering van *alle* publieke taken, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan een private partij of niet. De vraag rijst hoe de nationale ombudsmaninstellingen en de lidstaten in de praktijk omgaan met de invloed van de ontstatelijking op het ambt van de ombudsman.

Uit paragraaf 4.3 volgde dat het IOI drie mogelijke scenario's onderscheidt voor wat betreft de gevolgen van de privatisering van publieke taken voor het ombudsmaninstituut. Het bleek dat landen geregeld speciale onafhankelijke instellingen voor de private sector oprichten. Ook worden er soms 'ombudsmaninstellingen' ingesteld door de private sector zelf, die niet per definitie onafhankelijk zijn. Als gevolg hiervan raken de bestaande ombudsmaninstellingen hun bevoegdheid kwijt, wat op gespannen voet staat met de internationale visie van het ombudsmaninstituut als *'one stop shop'*.

Naast deze ongunstige scenario's zijn er echter wel degelijk ombudsmaninstellingen die hun bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren hebben behouden, of ombudsmaninstellingen waaraan deze bevoegdheid als gevolg van wetgevingshervormingen of nieuwe wetgeving (deels) is 'teruggegeven'. Om daarvan een beeld te schetsen bespreekt deze paragraaf kort een aantal voorbeelden van dergelijke ombudsmaninstellingen.

De Catalaanse ombudsman

De Catalaanse ombudsman is voornamelijk het enige ombudsmaninstituut dat fungeert als *'one stop shop'* voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken. Het Statute of Autonomy of Catalonia van 2006 regelt in art. 78, eerste lid dat de bevoegdheid van de Catalaanse ombudsman zich uitstrekt tot:

"(...) private companies that manage public services or that carry out activities of general or universal interest, or equivalent activities in a publicly- subsidised or indirect way, and that of other persons with a contractual relationship with the Administration of the Generalitat and with the public bodies which are answerable to it. (...)"

Voor wat betreft de private sector behandelt de Catalaanse ombudsman met name klachten over handelingen van private partijen die diensten van algemeen belang aanbieden, zoals elektriciteit, water en gas. In paragraaf 4.3 bleek reeds dat Ribó, de huidige Catalaanse ombudsman, voorstander is van het opstellen van samenwerkingsovereenkomsten tussen ombudsmaninstellingen en private partijen om de reikwijdte van de bevoegdheden van de ombudsmaninstellingen te verduidelijken en meer

rechtszekerheid tussen de ombudsmaninstituten en de private partijen te bewerkstelligen. Ribó heeft dan ook verschillende van dergelijke overeenkomsten gesloten tussen voornoemde private partijen en het Catalaanse ombudsmaninstituut.²³¹

De Ierse ombudsman

Sinds 2015 kan de Ierse ombudsman als gevolg van een wijziging in de Ierse wetgeving rondom het ombudsmaninstituut klachten behandelen over het uitvoeren van publieke taken door private verpleeghuizen.²³² Ombudsman Tyndall wees al sinds 2013 op een leemte in het onafhankelijke toezicht op dergelijke private verpleeghuizen: voor klachten over publieke verpleeghuizen kon men wel terecht bij de ombudsman, maar voor klachten over private verpleeghuizen niet. Aldus konden meer dan 22.000 bewoners van private verpleeghuizen hun klachten niet laten onderzoeken door een onafhankelijke instelling. Tyndall is hierover in discussie gegaan met de toenmalige Minister for Public Expenditure and Reform en heeft de uitbreiding van zijn bevoegdheid bij hem aangekaart, welke uitbreiding uiteindelijk dus in 2015 is gerealiseerd.²³³

De ombudsman van Wales

In 2019 is de Public Services Ombudsman (Wales) Bill aangenomen, waarmee de bevoegdheden van de ombudsman van Wales zijn uitgebreid. Zo maakt de nieuwe wet het onder meer mogelijk voor de ombudsman om in het kader van een klacht die betrekking heeft op zowel de publieke als de private gezondheidszorg tevens deze private gezondheidszorg (*'private health services'*) te onderzoeken. Er moet dan wel zijn voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden.²³⁴ Met deze uitbreiding van de bevoegdheid van de ombudsman van Wales komt een einde aan de situatie waarin burgers aparte klachten moesten indienen bij verschillende instellingen voor private en publieke gezondheidszorg.²³⁵

Net als de Ierse ombudsman Tyndall heeft de huidige ombudsman van Wales, Bennett, veel werk verricht om tot de uitbreiding van zijn bevoegdheid te komen. Zo schreef hij reeds in 2015 een paper aan de Finance Committee van de National Assembly van Wales, welke commissie verantwoordelijk is voor de ontwikkeling van wetgeving rondom het ombudsmaninstituut van Wales. In deze paper overwoog hij: *"Clearly there was a need to reform legislation so that where a patient chooses to be treated in both public and private sectors, the complaints process would follow the citizen and not the sector."*²³⁶ In een recente paper zet Bennett uiteen wat hij heeft gedaan om

²³¹ Ribó 2009.

²³² Ombudsman Act 1980 (Section 1A) (No. 2) Order 2015; 'Ombudsman to examine complaints about private nursing homes', ombudsman.ie 14 september 2015.

²³³ 'Ombudsman to examine complaints about private nursing homes', ombudsman.ie 14 september 2015; <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2015-07-14/33/>.

²³⁴ Art. 10 Public Services Ombudsman (Wales) Bill.

²³⁵ 'New law gives greater powers for the people to hold public services to account', senedd.wales 21 maart 2019.

²³⁶ Deze paper is niet online te vinden, maar Bennett verwijst hiernaar in Bennett 2020.

uiteindelijk te bereiken dat er nieuwe wetgeving zou worden aangenomen om zijn bevoegdheid te versterken.²³⁷

De voorbeelden van de Ierse ombudsman en de ombudsman van Wales laten zien dat er ombudsmaninstituten zijn die, net als de Nederlandse ombudsman jaren geleden,²³⁸ hebben aangegeven dat zij hun bevoegdheid ten aanzien van private partijen (meer specifiek: de private gezondheidszorg) die een publieke taak uitvoeren te beperkt achten. Zij zijn hierover in discussie gegaan met relevante actoren zoals politici en nationale wetgevers. Anders dan de Nederlandse ombudsman, wiens pogingen om tot een ruimere bevoegdheid te komen toentertijd in de kiem zijn gesmoord, behaalden de Ierse ombudsman en de ombudsman van Wales succes.

Overigens dient te worden vermeld dat de huidige Nationale ombudsman, Van Zutphen, wel degelijk bezig is met de invloed van ontstatelijking op zijn ambt. Zo erkende hij tijdens het congres ‘Wie doet er mee’ over de relatie tussen burger en overheid in 2030 dat het burgerperspectief steeds vaker in de knel komt waar de overheid ervoor kiest haar taken uit te besteden. Onder verwijzing naar de *Venice Principles* overwoog hij: “[w]aar het algemeen belang en publieke diensten aan de orde zijn, ongeacht wie deze uitvoert, zie ik een rol voor de ombudsman. Om burgers op weg te blijven helpen en de overheid aan te spreken. Die rol pak ik op.”²³⁹

Nu ombudsmaninstituten als gevolg van de toenemende ontstatelijking steeds vaker problemen zullen ondervinden en op internationaal niveau duidelijk wordt verkondigd dat hun bevoegdheid zich zou moeten uitstrekken over *alle* publieke taken, valt te verwachten dat er in de nabije toekomst steeds meer van dergelijke manifesten van ombudsmaninstituten zullen plaatsvinden om tot een ruimere bevoegdheid te komen.

4.6 Conclusie

Op internationaal niveau wordt volop aandacht besteed aan de invloed van ontstatelijking op het ombudsmaninstituut. Vooraanstaande internationale (ombudsman)organisaties erkennen de problemen die ombudsmaninstituten ondervinden als gevolg van de toenemende ontstatelijking. De boodschap die door deze organisaties wordt verkondigd is duidelijk: bestaande ombudsmaninstituten zouden moeten kunnen oordelen over de uitvoering van *alle* publieke taken, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan een private partij of niet. Zij zouden moeten fungeren als ‘one stop shop’ voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken. Lidstaten van de Raad van Europa worden met de komst van de *Venice Principles* en andere daaraan gerelateerde *soft law*-instrumenten bovendien

²³⁷ Bennett 2020.

²³⁸ Zie H3, paragraaf 3.4.

²³⁹ Nationale ombudsman 2019, p. 3-4.

aangespoord om de bevoegdheid van hun ombudsmaninstituten juridisch op één lijn te brengen met deze visie. In feite vertoont de internationale visie veel gelijkenissen met de oplossingen die de Nederlandse ombudsman reeds jaren geleden aandroeg om de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren te verruimen. Waar de pogingen van de Nederlandse ombudsman om tot een ruimere bevoegdheid te komen in de kiem zijn gesmoord, zijn er verschillende ombudsmaninstituten in het buitenland die de afgelopen jaren succesvolle pogingen hebben gedaan om hun bevoegdheid uit te breiden door te pleiten voor nieuwe wetgeving of wetgevingshervormingen. Nu ombudsmaninstituten als gevolg van de toenemende ontstatelijking steeds vaker problemen zullen ondervinden en op internationaal niveau duidelijk wordt verkondigd dat hun bevoegdheid zich zou moeten uitstrekken over *alle* publieke taken, valt te verwachten dat de ombudsmaninstituten in de nabije toekomst steeds vaker aan hun kettingen zullen rukken door te pleiten voor een ruimere bevoegdheid.

5. Samenvatting en slotbeschouwing

De voortschrijdende privatisering en uitbesteding door de overheid van publieke taken aan private partijen maakt dat volop wordt nagedacht over de invloed hiervan op rechtsstatelijke kernwaarden zoals normering en rechtsbescherming. In deze discussie rijst de vraag in hoeverre de laagdrempelige (aanvullende) rechtsbescherming bij de bestuursrechter of de Nationale ombudsman tegen het uitvoeren van publieke taken door private partijen voldoende is gewaarborgd. Deze rechtsbescherming is gekoppeld aan het door de bestuursrechter restrictief uitgelegde b-bestuursorgaanbegrip. De toenemende ontstatelijking in combinatie met de strenge koers van de bestuursrechter heeft tot gevolg dat de uitvoering van publieke taken door private partijen steeds vaker buiten de reikwijdte van het publiekrecht valt. De burger die ontevreden is over de uitvoering van deze publieke taken is genoodzaakt om aan te kloppen bij de veel minder laagdrempelige civiele rechter. Voor dit probleem worden in de literatuur en soms door de bijzondere wetgever oplossingen gezocht. In tegenstelling tot de bestuursrechter, lijkt de Nationale ombudsman te zijn vergeten in de discussie over deze rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. Dit verbaast, omdat de bevoegdheid van de Nationale ombudsman evenals die van de bestuursrechter is gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip. De Nationale ombudsman heeft bovendien dikwijls aangegeven dat hij de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren te beperkt acht. In deze scriptie is daarom onderzoek gedaan naar de wijze waarop de Nationale ombudsman omspringt met zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en naar uitbreidingsmogelijkheden van deze bevoegdheid. Daarbij stond de volgende onderzoeksvraag centraal:

In hoeverre is het mogelijk en wenselijk dat de Nationale ombudsman het b-bestuursorgaanbegrip minder strikt interpreteert dan de bestuursrechter teneinde te kunnen oordelen over gedragingen van private partijen die een publieke taak uitvoeren, maar geen openbaar gezag toegekend hebben gekregen?

Om deze onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, is in hoofdstuk 2 eerst onderzocht hoe het b-bestuursorgaanbegrip zich heeft ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie in de afgelopen jaren. Daartoe is aangevangen met het b-bestuursorgaanbegrip in theorie, waarbij het onderscheid tussen het wettelijk en het buitenwettelijk b-bestuursorgaan aan bod kwam. Voor de invulling van het wettelijk openbaar gezag heeft de Awb-wetgever de bestuursrechter weinig ruimte gelaten. Uit de parlementaire geschiedenis kan namelijk worden afgeleid dat een wettelijk toegekende overheidstaak onvoldoende is om een privaatrechtelijke rechtspersoon aan te kunnen merken als wettelijk b-orgaan;

er moet sprake zijn van een wettelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid. De Awb-wetgever heeft evenwel expliciet de mogelijkheid opengelaten van een buitenwettelijke grondslag. De publieke-taakjurisprudentie die in dit verband tot stand is gekomen, is ingegeven vanuit het oogpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de overheid in privaatrechtelijke ‘vermomming’. Uit een analyse van bestuursrechtelijke jurisprudentie van de afgelopen jaren is gebleken dat de bestuursrechter in de praktijk een strikte, formele invulling geeft aan de criteria van de publieke-taakjurisprudentie. Hij lijkt daarmee een zwaarder gewicht toe te kennen aan het belang van de rechtszekerheid dan aan het belang van de rechtsbescherming. De verharde koers van de bestuursrechter heeft tot gevolg dat private partijen in de ‘twijfelgevallen’ waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend zelden als b-bestuursorgaan worden aangemerkt. Vanuit het vertrekpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is de huidige koers om diverse redenen onwenselijk. Zo kan de huidige koers machtsmisbruik door overheden in de hand werken en is de burger die niet terecht kan bij de bestuursrechter aangewezen op de veel minder laagdrempelige civiele rechter. Op verschillende deelterreinen worden oplossingen aangedragen om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden, waarbij de focus ligt op het als te ‘knellend’ ervaren besluitbegrip en het bestuursorgaanbegrip naar de achtergrond verdwijnt. Verwezenlijking van de oplossingen blijkt lastig: de bestuursrechter beslist steeds per geval en de wetgever heeft nog weinig van zich laten horen.

Gewapend met de in hoofdstuk 2 opgedane kennis over het b-bestuursorgaanbegrip is vervolgens in hoofdstuk 3 dieper ingegaan op de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het b-bestuursorgaanbegrip. Daarbij is onderzocht hoe de Nationale ombudsman aankijkt tegen zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en hoe hij in de praktijk omspringt met deze bevoegdheid. Uitgaande van de restrictieve uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip, is de Nationale ombudsman zelden bevoegd in de ‘twijfelgevallen’ waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan de private partij. Zelfs als een private partij kan worden aangemerkt als b-bestuursorgaan, strekt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich slechts uit tot de gedragingen *gerelateerd aan* het uitoefenen van openbaar gezag door deze private partij. De Nationale ombudsman heeft reeds jaren geleden en herhaaldelijk aangegeven dat hij de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren te beperkt acht. Zijn pogingen om tot een ruimere bevoegdheid te komen zijn echter in de kiem gesmoord. Uit een analyse van rapporten van de Nationale ombudsman naar aanleiding van klachten over private partijen die publieke taken uitvoeren, is gebleken dat de Nationale ombudsman worstelt met de koppeling van zijn bevoegdheid aan het b-bestuursorgaanbegrip. Hij krijgt geregeld te maken met klachten over private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen, noch onder de publieke-taakjurisprudentie vallen. Om dergelijke klachten toch in behandeling te kunnen nemen, geeft de Nationale ombudsman een ruimere uitleg aan het wettelijk openbaar gezag dan de bestuursrechter: hij lijkt het voldoende te achten als de private partij een *wettelijke taak* of een

overheidstaak uitoefent. Hoewel de problematiek rondom de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren zich anno 2020 des te sterker doet gevoelen, lijkt de Nationale ombudsman als gezegd te zijn vergeten in de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. Er is vooralsnog nauwelijks onderzoek gedaan naar uitbreidingsmogelijkheden van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.

Aangezien er wereldwijd meer dan tweehonderd ombudsmaninstituten bestaan en het fenomeen van ontstatelijking zich bovendien wijdverspreid voordoet, is in hoofdstuk 4 vervolgens onderzocht welke inspiratie de internationale visie op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren biedt. Er zijn twee soorten internationale organisaties die zich bezighouden met het versterken van het ombudsmaninstituut in het algemeen: internationale ombudsmanorganisaties en vooraanstaande internationale organisaties zoals de Verenigde Naties (VN) en de Raad van Europa (RvE). De internationale ombudsmanorganisaties, waarvan het International Ombudsman Institute (IOI) de meest vermeldenswaardige is, richten zich op de ombudsmaninstituten zelf. De VN en de RvE richten zich met *soft law*-instrumenten aangaande het ombudsmaninstituut op hun lidstaten. Het IOI houdt zich al jaren bezig met de invloed van ontstatelijking op het ombudsmaninstituut. De visie van het IOI is duidelijk: de burger zou over de uitvoering van *alle* publieke taken moeten kunnen klagen bij een onafhankelijke ombudsman, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet. Vicepresident van het IOI en Ierse ombudsman Tyndall spreekt in dit verband van de ombudsman als *'one stop shop'*. Anders dan het IOI heeft de RvE zich geruime tijd afzijdig gehouden van het debat, maar in 2019 vond er een ommekeer plaats met de *Venice Principles* van de Commissie van Venetië van de RvE. In de *Venice Principles* wordt, in navolging van het IOI, het standpunt verkondigd dat alle publieke taken binnen de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut zouden moeten vallen, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet. De *Venice Principles* zijn onderschreven door andere organen van de RvE en hebben bovendien hun weg gevonden naar de *soft law*-instrumenten van deze organen. Uit een analyse van de bevoegdheid van een drietal buitenlandse ombudsmaninstituten is tot slot gebleken dat er verschillende ombudsmaninstituten bestaan die succesvolle pogingen hebben gedaan om hun bevoegdheid ten aanzien van private partijen te verruimen door te pleiten voor wetgevingshervormingen of nieuwe wetgeving. Het valt te verwachten dat dergelijke manifestaties zich in de nabije toekomst steeds vaker zullen voordoen.

Met inachtneming van de bovengeschetste bevindingen kan de centrale onderzoeksvraag worden beantwoord. In ieder geval kan worden vastgesteld dat het *mogelijk* is dat de Nationale ombudsman het b-bestuursorgaanbegrip minder strikt interpreteert dan de bestuursrechter teneinde te kunnen oordelen over gedragingen van private partijen die een publieke taak uitvoeren, maar niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorgaan. Uit de in hoofdstuk 3 geanalyseerde 'ombudsprudentie' is

immers gebleken dat de Nationale ombudsman dit in de praktijk reeds doet. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de besproken klachten over het uitvoeren van reclasseringswerkzaamheden door de drie reclasseringsorganisaties (3RO). Naast de private aanbieders in het sociaal domein, zijn de 3RO de private partijen waar de Nationale ombudsman momenteel het meest mee in de maag zit. Uitgaande van de in hoofdstuk 2 geanalyseerde bestuursrechtelijke jurisprudentielijn, is de Nationale ombudsman niet bevoegd om te oordelen over gedragingen van de 3RO. Om te beginnen oefenen de 3RO met de in art. 8 en 9 van de Reclasseringsregeling 1995 neergelegde wettelijke overheidstaken geen wettelijk openbaar gezag uit. Bovendien vallen zij buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie, aangezien zij geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekken. Om klachten over gedragingen van de 3RO toch in behandeling te kunnen nemen, legt de Nationale ombudsman het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ minder strikt uit dan de bestuursrechter. De Nationale ombudsman lijkt het namelijk voldoende te achten dat de 3RO een *wettelijke taak* of een *overheidstaak* uitvoeren om hen aan te kunnen merken als wettelijke b-bestuursorganen. De bestuursrechter daarentegen acht een wettelijke (overheids)taak onvoldoende om een private partij aan te kunnen merken als wettelijk b-bestuursorgaan, omdat daar niet per definitie openbaar gezag mee wordt uitgeoefend: nodig is steeds een publiekrechtelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie van derden te kunnen vaststellen.

Dan resteert de vraag in hoeverre het ook *wenselijk* is dat de Nationale ombudsman het b-bestuursorgaanbegrip minder strikt interpreteert dan de bestuursrechter teneinde te kunnen oordelen over gedragingen van private partijen die een publieke taak uitvoeren, maar niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorgaan. Vooropgesteld kan worden dat met het onderzoek in deze scriptie in ieder geval is aangetoond dat er veel argumenten pleiten voor de verruiming van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Allereerst hanteert de burger een breder overheidsbegrip dan het bestuursorgaanbegrip. Zo ziet de burger het uitvoeren van reclasseringswerkzaamheden bij uitstek als overheidstaak. De Nationale ombudsman heeft het burgerperspectief hoog in het vaandel staan en beoogt burgers te helpen als het ‘misgaat tussen hen en de overheid’. Dat kan spanningen opleveren als de Nationale ombudsman aan de burger moet uitleggen dat hij niet bevoegd is, omdat een instelling naar het huidige recht geen overheid is of slechts voor een deel als overheid wordt aangemerkt. Vanuit burgerperspectief is dit niet goed te begrijpen. Daarnaast is het bestuursorgaanbegrip zoals ingevuld door de bestuursrechtspraak onvoldoende toegesneden op de taak van de Nationale ombudsman als aanvullende rechtsbeschermer die oordeelt over *gedragingen* van bestuursorganen. De strenge koers van de bestuursrechter maakt dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen zelden als b-bestuursorganen worden aangemerkt, terwijl de Nationale ombudsman juist met name oordeelt over gedragingen die niet de uitoefening van openbaar gezag betreffen. Bovendien kunnen ook gedragingen van private partijen die niet zien op het uitoefenen van openbaar gezag ingrijpende gevolgen hebben

voor de burger. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de gedragingen die centraal stonden in de in hoofdstuk 3 geanalyseerde ‘ombudsprudentie’: in deze zaken ging het onder meer om gedragingen in het kader van het uitvoeren van reclasseringswerkzaamheden, schuldhulpverlening en slachtofferhulp. Zelfs als een private partij kan worden aangemerkt als b-bestuursorgaan, strekt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich slechts uit tot de gedragingen *gerelateerd aan* het uitoefenen van openbaar gezag door deze private partij. Verder hebben klachten van burgers vaak betrekking op meerdere onlosmakelijk met elkaar verbonden instellingen binnen een keten. Indien de Nationale ombudsman geen acht slaat op de gedragingen van de instellingen die niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorgaan, kan hij te weinig ‘klachtgericht’ werken. Tot slot wordt op internationaal niveau door vooraanstaande internationale (ombudsman)organisaties de duidelijke visie verkondigd dat bestaande ombudsmaninstituten zouden moeten kunnen oordelen over de uitvoering van *alle* publieke taken, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan een private partij of niet. Met de komst van verschillende *soft law*-instrumenten van de Raad van Europa worden lidstaten bovendien aangespoord om de bevoegdheid van hun ombudsmaninstituten juridisch op één lijn te brengen met deze visie.

Het is aldus duidelijk dat er diverse argumenten pleiten voor de uitbreiding van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. In theorie vormt het ‘sleutelen’ door de bestuursrechter of de wetgever aan het huidige, restrictief uitgelegde b-bestuursorgaanbegrip zoals neergelegd in art. 1:1, eerste lid, onder b, Awb een voor de hand liggende oplossing voor de te beperkte bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Het is echter onwaarschijnlijk dat de bestuursrechter in de nabije toekomst zal terugkomen op de strikte uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip, gezien de recentelijk verschenen conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven en de strenge koers die de bestuursrechter nu alweer enkele jaren vaart. Ook een wijziging van art. 1:1 Awb door de wetgever ligt niet voor de hand, nu de wetgever met het in hoofdstuk 2 besproken wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 binnen het sociaal domein voorsnog niet heeft gekozen voor een wijziging van de Awb. Aangezien bovengeschetste hypothetische oplossing niet alleen een verruiming van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman impliceert, maar veel breder raakt aan de rechtsmacht van de bestuursrechter, ga ik niet nader in op deze oplossing. Het onderzoek in deze scriptie focust immers juist op de tot nu toe onderbelicht gebleven plaats die de Nationale ombudsman inneemt in de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking.

‘Sleutelen’ aan art. 1:1 Awb door de bestuursrechter of de wetgever is niet de enige wijze om een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren te bewerkstelligen: er zijn meerdere wegen die naar Rome leiden. Een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman *zelf*, iets dat momenteel in

de praktijk van de Nationale ombudsman reeds plaatsvindt, is één van die wegen. Bij de andere wegen gaat het om wijzigingen van de Wet Nationale ombudsman (WNo), respectievelijk de Awb. De vraag rijst wat de *meest* wenselijke weg is om tot een ruimere bevoegdheid te komen. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, worden hieronder de verschillende wegen geëvalueerd.

1. Minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman

Vaststaat dat de bevoegdheid van de Nationale ombudsman is gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip als bedoeld in art. 1:1 Awb (art. 1a, eerste lid, WNo jo. art. 9:18, eerste lid, Awb). Het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ is dus, evenals bij de bestuursrechter, bepalend voor de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. De definitie van dit criterium is tot stand gekomen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie, welke jurisprudentie de Nationale ombudsman als richtinggevend beschouwt. Het is gebleken dat de restrictieve uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip tot gevolg heeft dat de Nationale ombudsman zelden bevoegd is in de ‘twijfelgevallen’ waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan de private partij. Het loslaten van deze restrictieve uitleg vormt aldus de enige optie voor de Nationale ombudsman om *zelf* een ruimere bevoegdheid te bewerkstelligen ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Zoals hiervoor besproken, vindt dit in de ombudspraktijk reeds plaats. Bij klachten over gedragingen van private partijen die een wettelijke overheidstaak toegekend hebben gekregen, zoals de 3RO, legt de Nationale ombudsman het criterium van het wettelijk openbaar gezag minder strikt uit: waar de bestuursrechter een wettelijke taak alleen onvoldoende vindt maar ook een bevoegdheid tot het nemen van besluiten vereist, neemt de Nationale ombudsman genoegen met de wettelijke taak *an sich*. Deze uitleg van de Nationale ombudsman ligt dicht bij de theorie van de bestuursrechter en is vanuit ombudsperspectief logisch, aangezien de Nationale ombudsman niet oordeelt over besluiten maar klachten afhandelt over (veelal) feitelijke handelingen. In hoeverre is deze weg als wenselijk te beschouwen?

Deze weg leidt ertoe dat het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman en de bestuursrechter op verschillende wijzen wordt uitgelegd. Vanuit het oogpunt van de voornaamste doelstelling van de Awb, het uniformeren en systematiseren van de bestuursrechtelijke wetgeving, is het onfortuinlijk dat het bestuursorgaanbegrip als een van de kernbegrippen van de Awb anders wordt uitgelegd door de Nationale ombudsman dan door de hoogste bestuursrechters. Bovendien is een dergelijke uiteenlopende interpretatie rechtstheoretisch gezien uiteraard niet mooi; ook in dit verband zou een eenduidige uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip het meest wenselijk zijn. Mijns inziens weegt het belang van een eenduidige uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip echter minder zwaar dan het belang van een adequate aanvullende rechtsbescherming bij de Nationale ombudsman tegen private partijen die een publieke taak uitvoeren. Het streven naar een eenduidige uitleg van het b-

bestuursorgaanbegrip zou er niet toe moeten leiden dat de Nationale ombudsman in bepaalde situaties buiten spel wordt gezet, een gevaar dat onder het huidige recht dreigt.

Verder zou men kunnen beargumenteren dat de Nationale ombudsman met een ruimere uitleg van het criterium van het wettelijk openbaar gezag zijn boekje te buiten gaat. De Awb-wetgever is in de parlementaire geschiedenis immers expliciet aangesloten bij de definitie van dit criterium zoals ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Uit de wetsgeschiedenis van de WNo valt evenwel niet op te maken dat de wetgever expliciet heeft beoogd dat de Nationale ombudsman voor de uitleg van het bestuursorgaanbegrip steeds zou dienen aan te sluiten bij de bestuursrechtelijke jurisprudentie.

In mijn optiek zijn voornoemde argumenten dan ook niet als doorslaggevend te beschouwen voor het vasthouden door de Nationale ombudsman aan de uitleg van het bestuursorgaanbegrip in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Daarnaast zal een uiteenlopende interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip mijns inziens in de rechtspraak geen problemen opleveren. Hoewel de Nationale ombudsman en de bestuursrechter beiden bestuursrechtelijke rechtsbescherming bieden, is in paragraaf 3.2.2 gebleken dat het om twee heel verschillende remedies gaat: zowel het object van de toetsing als de aard van de toetsing verschilt en in tegenstelling tot het oordeel van de bestuursrechter is het oordeel van de Nationale ombudsman niet bindend.

Bovengenoemd verschil gelegen in het object van de toetsing maakt bovendien dat een minder strikte interpretatie van het criterium van het wettelijk openbaar gezag en dus van het b-bestuursorgaanbegrip juist voor de Nationale ombudsman een aantrekkelijk perspectief is. Voor de bestuursrechter biedt een minder strikte interpretatie van het wettelijk openbaar gezag geen uitkomst. Hij oordeelt immers over *besluiten* van bestuursorganen, waardoor de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling nog steeds is vereist. De Nationale ombudsman daarentegen oordeelt over *gedragingen*, zodat hij met een minder strikte uitleg van het wettelijk openbaar gezag twee vliegen in één klap slaat: hij kan dan zowel over het uitvoeren van een wettelijke overheidstaak door een private partij als over daaraan gerelateerde privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen van deze private partij oordelen.

Het verschil gelegen in het object van de toetsing maakt verder dat het voor de Nationale ombudsman überhaupt, los van de vraag in hoeverre dat wenselijk is of niet, lang niet altijd feitelijk mogelijk is om voor de uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip aan te sluiten bij de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Zoals gezegd, reikt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman verder dan het besluit: hij oordeelt over *gedragingen* van bestuursorganen. Dit brengt mee dat hij eerder wordt benaderd door de burger dan de bestuursrechter. Aangezien de Nationale ombudsman zich vaak als eerste uitspreekt over de vraag of een private partij al dan niet kan worden aangemerkt als b-

bestuursorgaan, kan hij zich meestal (nog) niet baseren op bestaande bestuursrechtelijke jurisprudentie.²⁴⁰

Een ander argument dat pleit voor een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman, is het feit dat deze ‘oplossing’ in beginsel is toe te passen op elk beleidsterrein. De rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking komt immers in wezen op elk beleidsterrein op hetzelfde neer: door de toenemende ontstatelijking in combinatie met de restrictieve uitleg door de bestuursrechter van het b-bestuursorgaanbegrip valt de uitvoering van publieke taken door private partijen steeds vaker buiten de reikwijdte van het publiekrecht.

In het licht van de bovengeschetste argumentatie is een minder strikte interpretatie door de Nationale ombudsman van het criterium van het wettelijk openbaar gezag, zoals in de ombudspraktijk reeds plaatsvindt, mijns inziens een aantrekkelijke oplossing om tot een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman te komen ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. In mijn optiek kan de Nationale ombudsman zijn huidige koers ten aanzien van de 3RO dan ook continueren en zou hij deze koers ook dienen te varen bij alle andere klachten over gedragingen van private partijen die een wettelijke overheidstaak toegekend hebben gekregen. De wettelijke overheidstaak fungeert dan als het aanknopingspunt voor de Nationale ombudsman om de klacht toch in behandeling te kunnen nemen.

Wel zou het wenselijk zijn dat de Nationale ombudsman zijn standpunt verheldert door in zijn rapporten duidelijk aan te geven waarom hij op deze wijze omspringt met zijn bevoegdheid. Hij kan daarvoor inspiratie putten uit de zojuist besproken argumenten. Daarnaast zou hij ter motivering van zijn standpunt kunnen verwijzen naar de hiervoor reeds aangehaalde *Venice Principles*. Hoewel de *Venice Principles* als *soft law*-instrument juridisch geen bindende werking hebben voor de lidstaten van de Raad van Europa, kunnen zij namelijk wel degelijk juridische relevantie hebben. Zo kunnen dergelijke *soft law*-instrumenten als interpretatiehulpmiddel dienen om lacunes in het nationale recht op te vullen en open normen in te vullen, zoals bleek in hoofdstuk 4. Het is al meermalen voorgevallen dat nationale rechters in hun oordeel verwezen naar opinies van de Commissie van Venetië.²⁴¹ In dit verband zou de Nationale ombudsman met een verwijzing naar de *Venice Principles* als interpretatiehulpmiddel bij de uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip, zijn ruimere uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip kracht bij kunnen zetten en wellicht zelfs de bestuursrechter kunnen inspireren. Verder zou de Nationale ombudsman zijn standpunt kunnen staven door erop te wijzen dat het International Ombudsman Institute (IOI) duidelijk achter de *Venice Principles* staat en deze principes

²⁴⁰ In de in paragraaf 3.5 besproken ‘ombudsprudentie’ was dit vrijwel steeds het geval. Zie ook Fernhout 2002, p. 166.

²⁴¹ Hoffmann-Riem, *EJIL* (25) 2014, p. 588.

heeft opgenomen in zijn *Best Practice Papers*, die richtsnoeren bieden over de belangrijkste kenmerken en onderwerpen ter ondersteuning van de gemeenschap van ombudsmaninstituten.²⁴²

2. Wijziging van de WNo

De hiervoor besproken oplossing van een minder strikte interpretatie van het criterium van het wettelijk openbaar gezag door de Nationale ombudsman is alleen toepasbaar in het geval dat de private partij waarover wordt geklaagd een wettelijke overheidstaak toegekend heeft gekregen: deze wettelijke overheidstaak vormt voor de Nationale ombudsman immers het aanknopingspunt om zich toch bevoegd te achten. Lang niet alle private partijen die een publieke taak uitvoeren, hebben deze taak ook in een wet toegekend gekregen. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de private aanbieders in het sociaal domein²⁴³ en aan stichtingen en burgers die door de overheid worden ingezet bij het verstrekken van publieke gelden. Private partijen die een wettelijke overheidstaak toegekend hebben gekregen, zoals de 3RO, vormen dus slechts een klein deel van het ‘oerwoud’ aan private partijen die publieke taken uitvoeren.

In het bovengeschetste geval dat een private partij geen wettelijke overheidstaak toegekend heeft gekregen en de Nationale ombudsman dientengevolge niet wegkomt met een minder strikte uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip, zou met een wijziging van de WNo een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman kunnen worden bewerkstelligd ten aanzien van deze private partij. Voor een dergelijke wetswijziging kan inspiratie worden geput uit de ombudsmanwetgeving van Ierland en Wales. In beide landen is de ombudsmanwetgeving immers recentelijk gewijzigd om een uitbreiding van de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut naar private zorgaanbieders mogelijk te maken, zoals bleek in hoofdstuk 4. Zo zou bijvoorbeeld aan art. 1a van de WNo een lid kunnen worden toegevoegd met een opsomming van bepaalde private partijen die een publieke taak uitvoeren zonder deze taak in de wet toegekend te hebben gekregen, waarop de WNo tevens van (overeenkomstige) toepassing is. In deze opsomming zouden in ieder geval de private partijen zonder wettelijk toegekende overheidstaak kunnen worden opgenomen waar de Nationale ombudsman momenteel het meest mee worstelt; de private aanbieders in het sociaal domein. Als gevolg van deze wetswijziging zou er een wettelijke grondslag bestaan voor het in behandeling nemen van klachten over gedragingen van voornoemde private aanbieders door de Nationale ombudsman en zou de Nationale ombudsman dus niet meer buiten zijn boekje hoeven te handelen.

Hoewel een dergelijke wijziging van de WNo weinig ingrijpend lijkt, zijn er diverse aspecten waar de wetgever rekening mee dient te houden. Zo bestaan tussen private partijen die geen wettelijke

²⁴² ‘Venice Commission will provide legal advice on Ombudsman legislation’, theioi.org 13 maart 2020; <https://www.theioi.org/publications/ioi-best-practice-papers>.

²⁴³ In dergelijke zaken gooit de Nationale ombudsman het dan ook over een andere boeg dan een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip, zoals bleek uit de in paragraaf 3.5 besproken zaak over een particulier schuldhulpverleningsbureau.

overheidstaak toegekend hebben gekregen grote onderlinge verschillen in het wettelijk kader, de rolverdeling en in de verhouding waarin zij staan tot de bestuursorganen die de publieke taken aan hen hebben uitbesteed. Een belangrijk aspect betreft verder de afstemming tussen de bevoegdheid van de Nationale ombudsman en de bevoegdheid van de bestuursrechter. Daarbij komt het in hoofdstuk 2 besproken recente wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 in beeld. In dit wetsvoorstel kan een burger na het indienen van een klacht over het handelen van een private zorgaanbieder bij het college van burgemeester en wethouders, in plaats van bij de gemeentelijke of de Nationale ombudsman, terecht bij de bestuursrechter. De weg naar de ombudsman wordt dus geheel afgesloten,²⁴⁴ terwijl de voorgestelde wijziging van de WNo de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private zorgaanbieders juist beoogt te verruimen. Er dient aldus te worden nagedacht over de verhouding tussen dit wetsvoorstel en de hypothetische wijziging van de WNo.

Bovengeschetste wijziging van de WNo betreft naar mijn mening een *voorlopige* oplossing. De voortschrijdende ontstatelijking maakt het namelijk onmogelijk om een uitputtende opsomming van private partijen op te nemen in de WNo. Momenteel worstelt de Nationale ombudsman weliswaar met name met de private aanbieders in het sociaal domein. Binnen een kort tijdsbestek kunnen er echter klachten opduiken over ‘nieuwe’ private partijen die een publieke taak uitvoeren zonder deze taak in de wet toegekend te hebben gekregen. De oplossing van een minder strikte interpretatie van het wettelijk openbaar gezag door de Nationale ombudsman is dan niet toepasbaar, noch zijn deze private partijen opgenomen in de WNo. Met het oog op deze voortschrijdende ontstatelijking acht ik het niet haalbaar om steeds de ingewikkelde en tijdrovende wetgevingsoperatie in gang te zetten die een wijziging van de WNo vergt.

3. Wijziging van de WNo & hoofdstuk 9 van de Awb

Hoewel een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman een aantrekkelijke oplossing biedt voor de problematiek rondom de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren, is reeds geconstateerd dat deze oplossing slechts kan worden toegepast indien de betreffende private partij een wettelijke overheidstaak toegekend heeft gekregen. In de talrijke gevallen waarin een private partij geen taak in de wet toegekend heeft gekregen, zou een wijziging van de WNo in theorie een uitkomst kunnen bieden. Zoals aangestipt in de voorgaande paragraaf, lijkt dit in de praktijk met het oog op de voortschrijdende ontstatelijking echter geen haalbare oplossing. Bovendien doen de voornoemde twee oplossingen niet af aan het feit dat de Nationale ombudsman op papier nog altijd is gebonden aan het b-bestuursorgaanbegrip.

²⁴⁴ Verburg, *JBplus* 2020/1.

Mijns inziens zullen andere wettelijke maatregelen op lange termijn dan ook onontkoombaar zijn. In dit verband zou de wetgever kunnen besluiten tot het loskoppelen van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman van het bestuursorgaanbegrip in zowel de WNo als in hoofdstuk 9 van de Awb, om in de plaats daarvan een nieuw, ruimer overheidsbegrip te introduceren. In mijn optiek is deze weg vanuit rechtstheoretisch perspectief wenselijk, aangezien daarmee een wettelijke basis voor de Nationale ombudsman wordt gecreëerd om te kunnen oordelen over de uitvoering van alle publieke taken, ongeacht of deze zijn uitbesteed aan private partijen of niet. Het doet er met een dergelijke wettelijke basis ook niet meer toe welke onderlinge verschillen tussen private partijen bestaan en of een private partij de publieke taak in de wet toegekend heeft gekregen of niet. Daarbij komt nog dat lidstaten op internationaal niveau worden aangespoord om de bevoegdheid van hun ombudsmaninstituten juridisch op één lijn te brengen met de *Venice Principles*. De hypothetische WNo- en Awb-regelingen waarbij de Nationale ombudsman fungeert als *'one stop shop'* voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken zouden in overeenstemming zijn met de *Venice Principles*.

Bovengeschetste wijzigingen van de WNo en van hoofdstuk 9 van de Awb vergen een ingewikkelde en tijdrovende wetgevingsoperatie. Zo zal het gehele hoofdstuk 9 van de Awb over klachtbehandeling op de schop moeten worden genomen, aangezien dit hoofdstuk naar het huidige recht is toegespitst op het bestuursorgaanbegrip. Er zijn allerlei verschillende aspecten waar de wetgever rekening mee dient te houden. Zo rijst de vraag welk overheidsbegrip dient te worden gehanteerd als criterium om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman mee af te bakenen: een *wettelijke (overheids)taak*, een *publieke taak* of wellicht een *overwegende overheidsinvloed*? Evenals bij de hiervoor besproken weg van de wijziging van de WNo als *voorlopige* oplossing, betreft een ander belangrijk aspect de afstemming tussen de bevoegdheid van de Nationale ombudsman en de bevoegdheid van de bestuursrechter. Er dient onder meer te worden nagedacht over de verhouding tussen het wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 en de hypothetische WNo- en Awb-regelingen. Tot slot zou voor de wijzigingen van de WNo en de Awb inspiratie kunnen worden geput uit de in hoofdstuk 4 besproken Catalaanse ombudsmanwetgeving en toepassing daarvan in de praktijk. De Catalaanse ombudsman is immers vooralsnog het enige ombudsmaninstituut dat fungeert als *'one stop shop'* voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken.

Het is duidelijk dat er nog veel dient te gebeuren voordat we kunnen spreken van de Nationale ombudsman als *'one stop shop'* voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken. In ieder geval is een belangrijke stap in de goede richting reeds gezet door de Nationale ombudsman *zelf*: met een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip kan hij klachten over gedragingen van private partijen die een wettelijke overheidstaak toegekend hebben gekregen toch in behandeling nemen. Zo staan burgers met een klacht over het uitvoeren van reclasseringswerkzaamheden door de 3RO in ieder geval niet met lege handen. De toekomst zal uitwijzen hoe de discussie over de

rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking zich verder ontwikkelt en welke acties in dit verband zullen worden ondernomen door zowel de bestuursrechter als de wetgever. Het is van belang dat deze discussie zich niet langer alleen richt op de bestuursrechter, maar dat ook de rol van de Nationale ombudsman uitdrukkelijk aan bod komt in de te maken afwegingen. Ik hoop daar met deze scriptie een bijdrage aan te hebben geleverd.

Bibliografie

Literatuurlijst

Bac & Poort, *Sancties* 2019/59

J. Bac & R. Poort, 'Verleden en toekomst van de reclassering', *Sancties* 2019/59.

Barkhuysen, *NJB* 2020/489

T. Barkhuysen, 'De Wet maatschappelijke ondersteuning als proeftuin voor integrale geschilbeslechting in het bestuursrecht', *NJB* 2020/489.

Bennett 2020

N. Bennett, 'The New Public Services Ombudsman for Wales (PSOW) Act 2019: The story 2014-2020', mei 2020.

Bense & Zijlstra, *NTB* 1994/9

M. Bense & S.E. Zijlstra, 'Het begrip bestuursorgaan', *NTB* 1994/9.

Van den Berge, *NTB* 2018/40

L. van den Berge, 'Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht', *NTB* 2018/40.

Van den Berge 2019

L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving. Drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Borman, in: *T&C Awb* 2019

T.C. Borman, commentaar op art. 9:18 Awb, in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, *NTB* 2008, 5

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, 5.

Van den Brink 2018

J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2018.

Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000.

Van den Brink & Den Ouden 2019

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel 'subsidiërelaties' niet of nauwelijks normeert', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Daalder, De Groot & Van Breugel 1993

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *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.

Daalder, De Groot & Van Breugel 1994

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede tranche (Stb. 1993, 581, 650, 671, 690)*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994.

Drexhage 2007

E.C. Drexhage, 'Het bereik van de Nationale ombudsman', in: A.F.M. Brenninkmeijer, *Werken aan behoorlijkheid: de Nationale ombudsman in zijn context*, Den Haag: Boom juridisch 2007.

Fastenrath, EJIL (4) 1993

U. Fastenrath, 'Relative Normativity in International Law', *EJIL* (4) 1993.

Goorden 1990

C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht* (diss. KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

De Greef, JBplus 2020/2

R.J.M.H. de Greef, 'Gaaf de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?', *JBplus* 2020/2.

Hoffmann-Riem, EJIL (25) 2014

W. Hoffmann-Riem, 'The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact', *EJIL* (25) 2014.

Huisman & Van Ommeren, NTB 2018/7

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het sociaal domein', *NTB* 2018/7.

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Huitema, TvJr 2020/1.13

L.A. Huitema, 'Leidt beleidsvrijheid van gemeenten bij de organisatie van Veilig Thuis tot rechtsongelijkheid?', *TvJr* 2020/1.13.

Jak 2014

N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2014.

Jak, JBplus 2015/2

N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt. Over privaatrechtelijke rechtspersonen en het bestuursorgaanbegrip', *JBplus* 2015/2.

Jak, NTB 2018/49

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

Jak 2019

N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht. De afnemende betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid bij ontstating', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kaal, Plantinga & Ter Berg 2019

M. Kaal, S. Plantinga & J. ter Berg, *Relatie burger overheid 2030. Onderzoek in opdracht van de Nationale ombudsman*, 2019.

Langbroek & Rijpkema 2004

Ph.M. Langbroek & P. Rijpkema (red.), *Ombudsprudentie: over de behoorlijkheidsnorm en zijn toepassing*, Den Haag: Boom juridisch 2004.

Van Maarseveen 1976

H. Van Maarseveen, commentaar op art. 1 Wet Arob, in: J.B.J.M. ten Berge & F.A.M. Stroink, *Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen: teksten, commentaar en jurisprudentie betreffende de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen en daarmee samenhangende regelingen*, Alphen aan den Rijn: Samson 1976.

Marseille, NTB 2020/71

A.T. Marseille, 'Resultaatgericht indiceren en integrale geschilbeslechting in de Wmo: meer en beter?', *NTB* 2020/71.

Marseille & Tolsma 2019

A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Meulenbroek 2014

J.M.C. Meulenbroek, *Klachtrecht en ombudsman. Een praktische handleiding*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Michiels 1987

F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: VUGA 1987.

Nationale ombudsman 1998

Nationale ombudsman, *Jaarverslag 1998, Kamerstukken II, 1998/99, 26445, nr. 2.*

Nationale ombudsman 2000

Nationale ombudsman, *Jaarverslag 2000, Kamerstukken II*, 2000/01, 27645, nr. 2.

Nationale ombudsman 2002

Nationale ombudsman, *Jaarverslag 2002, Kamerstukken II*, 2002/03, 28825, nr. 2.

Nationale ombudsman 2007

Nationale ombudsman, *Burgerschap verzilverd. Jaarverslag 2007*, Den Haag: maart 2008.

Nationale ombudsman 2016

Nationale ombudsman, *Wie niet past, loopt vast. Jaarverslag 2016*, Den Haag: april 2017.

Nationale ombudsman 2019

Nationale ombudsman, *Behoorlijkheidswijzer*, Den Haag: juni 2019.

Nationale ombudsman 2019

Nationale ombudsman, *Wie doet er mee in 2030?*, Den Haag: oktober 2019.

Nationale ombudsman, Kinderombudsman & Veteranenombudsman 2019

Nationale ombudsman, Kinderombudsman & Veteranenombudsman, *Regel regie! Jaarverslag 2019*, Den Haag: mei 2019.

Nollkaemper 2018

A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

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 juridisch 2013.

Den Ouden, NTB 2016/52

W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52.

Den Ouden, NTB 2018/10

W. den Ouden, 'Toetsingsmaatstaven voor geschillen bij integrale besluitvorming: het perspectief van de private zorgaanbieder', *NTB* 2018/10.

Den Ouden & Van Amerongen 2017

W. den Ouden & N.H. van Amerongen, 'Het bestuursorgaanbegrip voorbij?', in: H.G. Lubberdink e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber Amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2017.

H. Peters, NTB 2014/22.1

H. Peters, 'De veelkleurigheid van een materieel overheidsbegrip', *NTB* 2014/22.1.

J.A.F. Peters 2018

J.A.F. Peters, 'In de ban van het besluit. Over de verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, het besluit en de rechtsmachtverdeling', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

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: Wolters Kluwer 2008.

De Poorter, in: T&C Awb 2019

J.C.A. de Poorter, commentaar op art. 1:1 Awb, in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

De Poorter & De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Ribó 2009

R. Ribó, 'The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector', IOI World Conference Stockholm: juni 2009.

Ribó, Vintró Castells & Aragonés Seijo 2014

R. Ribó, J. Vintró Castells & I. Aragonés Seijo, *International Framework of the Ombudsman Institution*, Barcelona: mei 2014.

Rijkema, AA 2007/12

P. Rijkema, 'Rechtmatigheid en behoorlijkheid', AA 2007/12.

M. Scheltema, NTB 2014/28

M. Scheltema, 'Internationale regelgeving buiten de staten om: de behoefte aan bestuursrechtelijke beginselen over regelgeving', NTB 2014/28.

M. Scheltema, NTB 2016/49

M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?', NTB 2016/49.

M. Scheltema 2017

M. Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34477, nr. 27.

M. Scheltema, RegelMaat 2018/3.2

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018/3.2.

M.W. Scheltema, NTB 2014/29

M.W. Scheltema, 'Bestuursrecht van de toekomst en 'ontstatelijking': nieuwe perspectieven?', NTB 2014/29.

Schlössels 2019

R.J.N. Schlössels, 'Het besluit voorbij... maar via welke route?', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schlössels e.a. 2018

R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Tyndall 2015

P. Tyndall, 'How Privatisation affects Ombudsmen', Wenen: International Ombudsman Institute 2015.

Verburg, JBplus 2020/1

D.A. Verburg, 'Tussen keukentafel en besluit: integrale rechtsbescherming in de Wmo 2015', *JBplus* 2020/1.

Vermeulen & Jasiak, RegelMaat 2018/4.4

B.P. Vermeulen & A. Jasiak, 'De constitutionele advisering door de Venice Commission', *RegelMaat* 2018/4.4.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: april 2017.

Wouters 2007

J. Wouters, 'Bronnen van het internationaal recht', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007.

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: Boom juridisch 2008.

Zijlstra 2012

S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Zijlstra, NTB 2018/54

S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

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

Afdeling rechtspraak van de Raad van State

ARRvS 7 april 1978, ECLI:NL:RVS:1978:AM4184, *AB* 1978, 474, m.nt. J.A. Borman.

ARRvS 3 april 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4540, *AB* 1979, 368, m.nt. F.H. van der Burg.

ARRvS 16 januari 1991, ECLI:NL:RVS:1991:AN2170, *AB* 1991, 662, m.nt. I.C. van der Vlies.

ARRvS 24 mei 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3866, *AB* 1994, 577, m.nt. R.M. van Male.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850, *AB Klassiek* 2009/26, m.nt. G. Overkleeft-Verburg (*Stichting Silicose Oud-mijnwerkers*).

ABRvS 3 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AA6767, *AB* 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*NV Luchthaven Schiphol*).

ABRvS 12 november 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3610, *AB* 1999/30, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

ABRvS 11 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9897, *AB* 2007, 81, m.nt. Sewandono (*Stichting Koppeling*).

ABRvS 23 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK7478, *AB* 2010/221, m.nt. H. Peters.

ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *AB Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, *AB* 2015/130, m.nt. H. Peters (*Stichting Platform31*).

ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4602, *Gst.* 2015/41, m.nt. N. Jak.

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

ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1307, *AB* 2016/246, m.nt. H. Peters.

ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1691, AB 2017/257, m.nt. J.A.F. Peters.

ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3318, AB 2018/98, m.nt. G.E. Creijghton-Sluyk & W.S. Zorg.

Advocaat-generaal bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

Centrale Raad van Beroep

CRvB 31 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV8198, AB 2006/424, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij & P. van Duijvenvoorde (*Argonaut*).

CRvB 24 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4409, *Gst.* 2015/46, m.nt. N. Jak.

CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1189, *Gst.* 2018/105, m.nt. N. Jak (*FMMU*).

CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554, *Gst.* 2018/142, m.nt. N. Jak (*FMMU*).

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 2 april 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF7110, AB 2004/162, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Nuon*).

CBb 27 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:634, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak.

Rechtbanken

Rb. Noord-Holland 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8741.

Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2915.

Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83.

Rb. Noord-Holland 29 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3420.

Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162.

Rb. Noord-Holland 12 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9856.

Rb. Gelderland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3272.

Nationale ombudsman

No 7 juli 2008, rapportnr. 2008/117.

No 17 juni 2009, rapportnr. 2009/125.

No 5 april 2012, rapportnr. 2012/054.

No 5 september 2013, rapportnr. 2013/112.

No 5 november 2013, rapportnr. 2013/164.

No 16 juli 2018, rapportnr. 2018/053, AB 2018/386, m.nt. P.J. Stolk.

No 4 december 2018, rapportnr. 2018/086.

No 21 december 2018, rapportnr. 2018/096.

No 16 maart 2020, rapportnr. 201911008.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1970/71, 11279, nr. 3.

Kamerstukken II 1990/91, 22061, nr. 3.

Kamerstukken II 1996/97, 25456, nr. 3.

Kamerstukken II 2008/09, 31363, nr. 7.

Kamerstukken II 2008/09, 31363, nr. 8.

Officiële internationale documenten

Aanbeveling 94(3) van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (14 januari 1994), *Relating to the setting up of the Congress of Local and Regional Authorities of Europe*.

Resolutie (2002)3, CDL(2002)27 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (27 februari 2002), *Adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*.

Aanbeveling CM/Rec(2019)6 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (16 oktober 2019), *On the development of the Ombudsman institution*.

Aanbeveling 159 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (4 november 2004), *On Regional ombudsperson: an institution in the service of citizen's rights*.

Resolutie 327 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (18 oktober 2011), *The office of Ombudsperson and local and regional authorities*.

Resolutie 451 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (30 oktober 2019), *To endorse the Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution (“The Venice Principles”)*.

Resolutie 1959 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (4 oktober 2013), *Strengthening the institution of ombudsman in Europe*.

Resolutie 2301 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (2 oktober 2019), *Ombudsman institutions in Europe – The need for a set of common standards*.

Rapport 13236 van het Committee on Legal Affairs and Human Rights van de Raad van Europa (21 juni 2013), *Strengthening the institution of ombudsman in Europe*.

Opinie 897/2017 van de Commissie van Venetië van de Raad van Europa (3 mei 2019), *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution (“The Venice Principles”)*.

Resolutie 72/186 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (19 december 2017), *The role of the Ombudsman, mediator and other national human rights institutions in the promotion and protection of human rights, UN Doc A/RES/72/186*.

Online bronnen

‘Ombudsman to examine complaints about private nursing homes’, ombudsman.ie 14 september 2015.

‘New law gives greater powers for the people to hold public services to account’, senedd.wales 21 maart 2019.

‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

‘Venice Commission adopts “Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution”’, theioi.org 21 maart 2019.

‘Venice Commission will provide legal advice on Ombudsman legislation’, theioi.org 13 maart 2020.

<https://www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken>.

<https://www.nationaleombudsman.nl>.

<https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2015-07-14/33/>.

<https://www.reclassering.nl/over-de-reclassering/organisatie>.

<https://www.theioi.org/foi-activities>.

<https://www.theioi.org/publications/ioi-best-practice-papers>.

https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Ombudsmen&lang=EN.